

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)

Campus de Santo Ângelo

Departamento de Ciências Sociais Aplicadas

Curso de Graduação em Direito

Editora da FuRI – Campus de Santo Ângelo – RS

DIREITO E JUSTIÇA: Reflexões Sociojurídicas

NOVOS DIREITOS

Revista do Curso de Graduação em Direito

da URI – Campus Santo Ângelo–RS

Santo Ângelo – RS, ano XVII, n. 28 – Maio/2017

ISSN 1676-8558

D598 Direito e justiça : reflexões sóciojurídicas / Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo; organização: Florisbal de Souza Del’Olmo, Rosângela Angelin – v.1, n.1(abril 2002) . – Santo Ângelo: EDIURI, 2017.

v.17, n.28, maio. 2017.

Semestral

ISSN 2178-2466

1. Direito-Periódicos I. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo. II. Del’Olmo, Florisbal de Souza (org.) III. Angelin, Rosângela (org.)

CDU: 340.114

Responsável pela catalogação

Bibliotecária – Fernanda Ribeiro Paz - CRB-10/1720

Organização

Florisbal de Souza Del’Olmo

Rosângela Angelin

Revisão

Florisbal de Souza Del’Olmo

Revisão da Língua Inglesa

Paulo Adroir Magalhães Martins

Formatação e Digitação

Florisbal de Souza Del’Olmo

Rosângela Angelin

Capa

Marcos Ziembowicz

Publicação

FuRI – Editora da URI – Campus de Santo Ângelo – RS

Rua Universidade das Missões, 464 – CEP 98.802-470

Santo Ângelo – RS – Brasil – Fone: (55)3313-7900

Composição e Impressão

Gráfica Venâncio Ayres

– 2017 –

DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões sociojurídicas
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)
Campus de Santo Ângelo
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas
Publicação vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da URI

Curso de Graduação em Direito

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de inteira responsabilidade de seus autores.

Reitor
Luiz Mario Silveira Spinelli
Pró-Reitor de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação
Giovani Palma Bastos
Pró-Reitora de Ensino
Arnaldo Nogaro
Pró-Reitor de Administração
Nestor Henrique de Cesaro
URI – Campus de Santo Ângelo
Diretor Geral
Gilberto Pacheco
Diretor Acadêmico
Marcelo Paulo Stracke
Diretora Administrativa
Berenice Rossner Wbatuba
Chefe do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas
Osmar Antonio Bonzanini
Coordenador de Área de Conhecimento
Rosângela Angelin

Curso de Graduação em Direito

Coordenadora do Curso
Charlise Paula Colet Gimenez
Diretor-Editor da Revista
Florisbal de Souza Del’Olmo

Comitê Editorial

Florisbal de Souza Del’Olmo
Rosângela Angelin

Linha Editorial

A Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, elaborada pelo Curso de Graduação em Direito da URI, Campus de Santo Ângelo, é publicada semestralmente e aceita colaborações de artigos.

A Revista estrutura-se por artigos que deverão referir-se na linha de “Novos Direitos”

Indexada nas seguintes bases de dados

Latindex:

http://www.latindex.unam.mx/buscador/ficRev.html?opcion=1&folio=19578(online)

http://www.latindex.unam.mx/buscador/ficRev.html?opcion=1&folio=19577

(impresso)

Periódicos URI: *http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica*

SEER/Ibict:

http://seer.ibict.br/index.php?option=com_mtree&task=viewlink&link_id=1763&Itemid=109

Conselho Editorial

- Adriana Dreyzin de Klor (Universidad Nacional de Córdoba/Argentina)
Alejandro Pastori (UDELAR – Montevideú/Uruguai)
Altamirando Pereira da Rocha (UFU – Uberlândia/MG)
Amador Paes de Almeida (Universidade Mackenzie – São Paulo/SP)
Antônio Celso Alves Pereira (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Claudia Lima Marques (UFRGS – Porto Alegre/RS)
Elizabeth Accioly (Universidade Nova de Lisboa/Portugal)
Emma Nogales de Santiváñez (Universidad Católica Boliviana – La Paz/Bolívia)
Enrique Varsi Rospigliosi (Universidad de Lima/Peru)
Francisco Rezek (UNICEUB – Brasília/DF)
Heron José de Santana Gordilho (UFBA – Salvador/BA)
Gina Vidal Marcilio Pompeu (UNIFOR – Fortaleza/CE)
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (USP – São Paulo/SP)
Griselda Capaldo (UBA – Buenos Aires/Argentina)
Jamile Bergamaschine Mata Diz (UFMG – Belo Horizonte/MG)
João Marcelo de Lima Assafim (UCAM – Rio de Janeiro/RJ)
Jorge Renato dos Reis (UNISC – Santa Cruz do Sul/RS)
José Russo (UFAM – Manaus/AM)
Larissa Ramina (UFPR – Curitiba/PR)
Leila Arruda Cavallieri (PUC – Rio de Janeiro/RJ)
Lorena de Melo Freitas (UFPB – João Pessoa/PB)
Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva (UFS – Aracaju/SE)
Lucy Arraya (Universidad Católica Santo Domingo – Santo Domingo/Rep.
Dominicana)
Luis Edson Fachin (UFPR – Curitiba/PR)
Luiz Ernani Bonesso de Araújo (UFMS – Santa Maria/RS)
Luiz Otávio Pimentel (UFSC – Florianópolis/SC)
Mara Vidigal Darcanchy (Conselheira da OIT/ILO – São Paulo/SP)
Mário Ferreira Monte (Universidade do Minho – Braga/Portugal)
Ney Fayet Júnior (PUC – Porto Alegre/RS)
Odete Maria de Oliveira (UNOCHAPECÓ – Chapecó/SC)
Orides Mezzaroba (UFSC – Florianópolis/SC)
Raymundo Juliano Rego Feitosa (UNICAP – Recife/PE)
Ricardo Méndez Silva (UNAM/México)
Roberto Ruiz Díaz Labrano (UNA – Assunção/Paraguai)
Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches (UNINOVE – São Paulo/SP)
Sergio Resende de Barros (USP – São Paulo/SP)
Valesca Raizer Borges Moschen (UFES – Vitória/ES)
Valerio de Oliveira Mazzuoli (UFMT – Cuiabá/MT)
Viviane Coelho Séllos Knoerr (Unicuitiba – Curitiba/PR)
Wagner Menezes (USP – São Paulo/SP)

Conselho de Pareceristas

- Aguinaldo Allemar (UFU – Uberlândia/MG)
Ana Paula Martins Amaral (UFMS – Campo Grande/MS)
Arno Dal Ri Junior (UFSC – Florianópolis/SC)
Augusto Jaeger Junior (UFRGS – Porto Alegre/RS)
Bruno Cavalcanti Angelin (UFRR/UNESA – Boa Vista/RR)
Bruno Wanderley Junior (PUC – Belo Horizonte/MG)
Cláudia Taís Siqueira Cagliari (FAI – Itapiranga/SC)
Cristiane Helena de Paula Lima Cabral (FCJPAD/MG)
Cristina Ferraz (UNINOVE – São Paulo/SP)
Diego Pereira Machado (Faculdade Anhanguera/LFG – São Paulo/SP)
Edith Maria Barbosa Ramos (UNICEUMA – São Luís/MA)

Eduardo Baldissera Cavalho Salles (UNOCHAPECÓ – Chapecó/SC)
Eduardo Daniel Lazarte Moron (Faculdades Cathedral – Boa Vista/RR)
Elany Almeida de Souza (ECEME – Rio de Janeiro/RJ)
Eloy Pereira Lemos Junior (Universidade de Itaúna/MG)
Evilhane Jum Martins (UFPA – Belém/PA)
Fernanda Miranda Barbosa (UNIESP – São Paulo/SP)
Fernando César Costa Xavier (UFRR – Boa Vista/RR)
Fernando Ferreira Calazans (IPSEMG/MG)
Fernando Sérgio Tenório de Amorim (FEJAL/CESMAC – Maceió/AL)
Flavio Henrique Franco de Oliveira (UNICESUMAR/PR)
Fran Espinoza (UFPR – Curitiba/PR)
Gabriela Soares Balestero (FDSM – Pouso Alegre/MG)
Giovanni Olsson (UNOCHAPECÓ – Chapecó/SC)
Graziela Tavares de Souza Reis (UFT – Palmas/TO)
Guilherme Camargo Massau (UFPEL – Pelotas/RS)
Gustavo Oliveira Vieira (UNILA – Foz do Iguaçu/PR)
Ilzver de Matos Oliveira (Universidade Tiradentes – Aracaju/SE)
Irineu Francisco Barreto Junior (FMU – São Paulo/SP)
Jacson Roberto Cervi (URI – Santo Ângelo/RS)
Jeff Caponero (Instituto Federal da Bahia – Salvador/BA)
João Batista Moneiro Camargo (UNIJUI – Ijuí/RS)
João Paulo Allain Teixeira (UNICAP – Recife/PE)
Jorge Di Ciero Miranda (UNIFOR – Fortaleza/CE)
José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR – Fortaleza/CE)
José Francisco de Assis Dias (UNICESUMAR – Maringá/PR)
José Mário Wandelely Gomes Neto (UNICAP – Recife/PE)
Liana Maria Feix Suski (FAI – Itapiranga/SC)
Lívia Dutra Barreto (UFRR – Boa Vista/RR)
Lucas Gonçalves da Silva (UFS – Aracaju/SE)
Luciano Alves dos Santos (URI – Erechim/RS)
Luís Henrique Bortolai (Universidade Mackenzie – São Paulo/SP)
Luis Renato Vedovato (UNICAMP – Campinas/SP)
Mara Vidigal Darcanchy (Conselheira da OIT/ILO – São Paulo/SP)
Marcelo Labanca Corrêa de Araújo (UNICAP – Recife/PE)
Márcia Teshima (UEL – Londrina/PR)
Mário Luiz Ramidoff (Unicuritiba – Curitiba/PR)
Osmar Veronese (URI – Santo Ângelo/RS)
Rafaela Benevides Ferreira Machado (UNIC – Cuiabá/MT)
Renata Mantovani de Lima (UIT – Itaúna/MG)
Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (UNINOVE – São Paulo/SP)
Rogério Costa (UNISUL – Tubarão/SC)
Rosicler Santos (UFPR – Curitiba/PR)
Rubens Beçak (USP – São Paulo/SP)
Sérgio Ricardo Aquino (IMED – Passo Fundo/RS)
Silvio Beltramelli Neto (PUC – Campinas/SP)
Silvio Javier Battello (Faculdade Dom Bosco – Porto Alegre/RS)
Thaise Graziottin Costa (UCS – Caxias do Sul/RS)
Vanessa Iacomini (UFF – Rio de Janeiro/RJ)
Victor Hugo Almeida (UNESP – São Paulo/SP)
Vladimir Oliveira da Silveira (UNINOVE – São Paulo/SP)
William Paiva Marques Júnior (UFC – Fortaleza/CE)

**MISSÃO DA REVISTA DIREITO E JUSTIÇA: REFLEXÕES SOCIOJURÍDICAS
“NOVOS DIREITOS”**

Atuar como instrumento de propagação das reflexões e construções do conhecimento acerca dos Novos Direitos, estimulando o debate, o questionamento e o desenvolvimento dos processos formativos dos operadores e investigadores jurídicos, como forma de integração entre a universidade e o mundo da vida voltada para a potencialização dos processos de constituição da cidadania e da democracia.

SUMÁRIO

COLABORADORES	13
<i>Contributors</i>	
APRESENTAÇÃO	17
<i>Presentation</i>	
LA CONFLICTIVA Y NUNCA ACABADA CONSTRUCCIÓN DE LA DEMOCRACIA: ENTRE LA RELIGIÓN DEL MERCADO Y LOS DERECHOS HUMANOS	23
THE CONFLICTED AND NEVER FINISHED CONSTRUCTION OF DEMOCRACY: BETWEEN MARKET RELIGION AND HUMAN RIGHTS	
<i>Yamandú Acosta</i>	
A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: MULTICULTURALISMO, LIBERALISMO E A VISÃO PRAGMATISTA	47
THE BASE OF HUMAN RIGHTS: MULTICULTURALISM, LIBERALISM AND THE PRAGMATIC VISION	
<i>Adrualdo de Lima Catão</i>	
DER RECHTSPOSITIVISMUS: DIE SUCHE NACH EINEM EMANZIPATORISCHEN PARADIGMA DES SOZIALEN KONFLIKTS IN BRASILIEN	69
POSITIVISMO JURÍDICO: A BUSCA DE UM PARADIGMA EMANCIPATÓRIO FRENTE AOS CONFLITOS SOCIAIS NO BRASIL	
LEGAL POSITIVISM: THE SEARCH OF AN EMANCIPATORY PARADIGM IN FRONT OF SOCIAL CONFLICTS IN BRAZIL	
<i>José Fernando Vidal de Souza</i>	
<i>Orides Mezzaroba</i>	
CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DIFUSO E CONCENTRADO EM MATÉRIA TRABALHISTA NAS PERSPECTIVAS DA OIT E DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	105
THE BROAD AND NARROW CONVENTIONALITY CONTROL ON LABOR LAW MATTERS THROUGH THE PERSPECTIVE OF THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION AND OF THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM	
<i>Silvio Beltramelli Neto</i>	
<i>Cesar Henrique Kluge</i>	

A CONQUISTA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA	133
THE ACHIEVEMENT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING	
<i>Guilherme Camargo Massau</i>	
<i>Fábio Souza da Cruz</i>	
O DESAFIO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL E A COMPARAÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS	145
THE CHALLENGE OF ACCESS TO JUSTICE IN BRAZIL AND ITS THE COMPARISON IN PORTUGUESE LAW	
<i>Zaiden Geraige Neto</i>	
<i>Ticiani Garbellini Barbosa Lima</i>	
<i>Jonatas Ribeiro Benevides</i>	
LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN EL CONGRESO DE VIENA 1814-1815	157
THE PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW AT THE CONGRESS OF VIENNA 1814-1815	
<i>Lucy Arraya</i>	
ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS LÓGICAS DE MORALIDADES NA RELAÇÃO PÚBLICO-PRIVADO NO ESTADO-CIDADÃO	171
ETHICS IN PUBLIC ADMINISTRATION AND THE LOGICS OF MORALITIES IN PUBLIC-PRIVATE RELATIONSHIP IN CITIZEN-STATE	
<i>Afonso Soares Oliveira Sobrinho</i>	
<i>Clarindo Ferreira Araujo Filho</i>	
<i>Eduardo Henrique Lopes Figueiredo</i>	
A PROTEÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E A RELEITURA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PARTIR DA ATUAÇÃO DE GRACILIANO RAMOS COMO GESTOR PÚBLICO	193
THE PROTECTION OF PUBLIC INTEREST AND THE REINTERPRETATION OF PRINCIPLES OF PUBLIC ADMINISTRATION FROM THE GRACILIANO RAMOS PRACTICE AS A PUBLIC MANAGER	
<i>Fábio Lins de Lessa Carvalho</i>	
MILITARES ANISTIADOS E SUA DISTINÇÃO: A SUPRESSÃO DE DIREITOS DECORRENTE DA INTERPRETAÇÃO E TRATAMENTO CONFERIDO PELO MINISTÉRIO DA DEFESA	221
MILITARY STAFF AMNESTIED AND THEIR DISTINCTION: THE SUPPRESSION OF RIGHTS FROM THE INTERPRETATION AND TREATMENT BY THE MINISTRY OF DEFENSE	
<i>David Barbosa de Oliveira</i>	

ASPECTS SOCIO-ENVIRONNEMENTAUX DES RELATIONS DE TRAVAIL DANS LA POST-MODERNITE.....241
SOCIO-ENVIRONMENTAL ASPECTS OF LABOR RELATIONS IN POST-MODERNITY

Michel Prieur

Grace Ladeira Garbaccio

José Antônio Tietzmann e Silva

PARA ALÉM DA “VAQUEJADA” E DA “FARRA DO BOI”: JUSTIÇA PARA O DIREITO DOS ANIMAIS.....267
BEYOND “VAQUEJADA” AND “FARRA DO BOI” CONSTITUTIONAL CASES: JUSTICE FOR ANIMAL RIGHTS

Fernando César Costa Xavier

DIALOGANDO COM OS FATOS QUEM É PRESO PROVISORIAMENTE POR TRÁFICO DE DROGAS NA CIDADE DO RECIFE.....279
DIALOGUING WITH THE FACTS WHO IS KEPT IN PRE-TRIAL CUSTODY FOR DRUG TRAFFICKING IN THE CITY OF RECIFE

Marília Montenegro Pessoa de Mello

Brunna Danielly Souza Ramos

O TRATAMENTO DOS CONFLITOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: O CASO DO FIM DA BANDA LARGA FIXA ILIMITADA299
THE CONFLICT TREATMENT IN THE CONSUMPTION RELATIONS: THE END OF UNLIMITED BROADBAND CASE

Charlise Paula Colet Gimenez

Thami Covatti Piaia

O STARE DECISIS NO BRASIL: ANÁLISE DO RE 572.762/SC E SUAS REPERCUSSÕES NO ICMS317
STARE DECISIS IN BRAZIL: ANALYSIS OF RE 572.762/SC AND ITS REPERCUSSIONS ON THE ICMS

Filipe Lôbo Gomes

Maria Raquel Firmino Ramos

O PAPEL DOS ATORES ESTATAIS E NÃO ESTATAIS NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL GLOBAL: UMA INTRODUÇÃO333

THE ROLE OF STATE AND NON-STATE ACTORS IN GLOBAL SUSTAINABLE DEVELOPMENT: AN INTRODUCTION

Giovanni Olsson

Eduardo Baldissera Carvalho Salles

NORMAS DE PUBLICAÇÃO347

RELAÇÃO DE ARTIGOS PUBLICADOS NAS EDIÇÕES ANTERIORES.349

COLABORADORES

CONTRIBUTORS

Adualdo de Lima Catão – Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela UFPE. Professor do Mestrado da UFAL. Professor da Graduação do CESMAC. Advogado.

Afonso Soares Oliveira Sobrinho – Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito so Sul de Minas (FDSM). Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Mestre em Políticas Sociais pela UNICSUL. Advogado.

Brunna Danielly Souza Ramos – Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE).

Cesar Henrique Kluge – Membro do Ministério Público do Trabalho (Procurador do Trabalho em Uberlândia/MG). Especialista em Direitos Humanos e Trabalho pela Escola Superior do Ministério do Público da União. Especialista Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura.

Charlise Paula Colet Gimenez – Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado, e do Curso de Graduação em Direito, ambos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI, campus Santo Ângelo/RS. Advogada.

Clarindo Ferreira Araujo Filho – Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Cartorário. Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP).

David Barbosa de Oliveira – Doutor em Direito pela UFPE. Professor Adjunto I UFC.

Eduardo Baldissera Carvalho Salles – Mestre em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ). Especializando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Federal Fronteira Sul (UFFS). Graduado em Direito pela UNOCHAPECÓ. Membro do Grupo de Pesquisa Relações Internacionais, Direito e Poder (CNPQ).

Eduardo Henrique Lopes Figueiredo – Doutor em Direito- UFPR. Professor da FDSM.

Fábio Lins de Lessa Carvalho – Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto da Universidade Federal de Alagoas e do Centro Universitário Cescmac. Procurador do Estado de Alagoas. Autor de diversos livros jurídicos. Advogado.

Fábio Souza da Cruz – Professor Adjunto do curso de Jornalismo da UFPel. Especialista em Teoria do Jornalismo e Comunicação de Massa pela PUCRS. Mestre em Comunicação e

Práticas Sócio-Políticas pela PUCRS. Doutor em Cultura Midiática e Tecnologia do Imaginário pela PUCRS. Pós-doutor em Direitos Humanos, Mídia e Movimentos Sociais pela Universidade Pablo de Olavide/Espanha.

Fernando César Costa Xavier – Professor Adjunto no Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Roraima. Doutor em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB).

Filipe Lôbo Gomes – Doutor em Estado, Regulação e Tributação Indutora pela UFPE e Mestre em Fundamentos Constitucionais dos Direitos pela UFAL. Procurador Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal de Alagoas. Professor do CESMAC. Pesquisador Coordenador do Grupo de Pesquisa subsidiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Alagoas – FAPEAL nominado Bases Jurídicas para aperfeiçoamento da gestão fiscal no Estado de Alagoas. Possui uma organização legislativa, um livro, diversas produções técnicas e arquivos publicados.

Giovanni Olsson – Doutor em Direito e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito. Bacharel em Ciências Sociais e Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Rio Grand e do Sul (UFRGS) Juiz do Trabalho Titular (TRT 12ª Região). Juiz Auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ). Vice-Líder e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Relações Internacionais, Direito e Poder (CNPQ). Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Comunitária Regional na linha Atores Internacionais (UNO-SC).

Guilherme Camargo Massauí – Professor da Faculdade de Direito e do Mestrado em Direito da UFPel. Pós-doutorando pela PUCRS. Doutor em Direito pela Unisinos. Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra. Especialista em Ciências Penais pela PUCRS. Autor: Metodologia Jurídica: do início da ciência do Direito ao Iluminismo português, Ed. Atlas; O princípio republicano constituinte do mundo-da-vida do Estado constitucional cosmopolita, Ed. Unijuí.

Grace Ladeira Garbaccio – Pós-doutoranda pela Universidade de Limoges/França. Doutora e mestre em Direito pela Universidade de Limoges/ França – reconhecido pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Gestora de sustentabilidade em empresas nacionais e multinacionais, tais como: Vallourec, Saint-Gobain, Vallourec & Sumitomo, Anglo American e Votorantim Energia. Parecerista da Revista da Advocacia-Geral da União (AGU) e do CONPEDI.

Jonatas Ribeiro Benevides – Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP – UNAERP. Advogado.

José Antônio Tietzmann e Silva – PhD in Environmental Law (Limoges University, France, 2008), Master's Degree in Environmental and Urban Law (Limoges University, France, 2004), Master's Degree in Environmental Law (Andalusia Intl. University, Spain, 2000), Graduate in Law (Pontifical Catholic University of Goiás - PUC Goiás, 1998), Lawyer and

consultant in Environmental and Urban Law since 2008, Professor and researcher in Law (PUC Goiás, since 2002; Federal University of Goiás, since 2008; Co-director of the Master's degree program in Law, International relations and development at PUC Goiás, from 2013 until 2016), Associated Professor in Master's degree programs and researcher (Universidad Nacional del Litoral, Argentina, since 2010; Limoges University, France, since 2011), Member of the Brazilian Environmental Professor Association (APRODAB), Member of the Environmental Commission of the Brazilian Order of Attorneys in Goiás, Member of the International Centre for Compared Environmental Law (CIDCE), Member of the French Society for Environmental Law (SFDE), Member of the Global Observatory of Environmental Regression.

José Fernando Vidal de Souza – LL.M in Rechtswissenschaftan der Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Doktor in Rechtswissenschaftan der Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Postdoc durch das Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra; Postdoc durch die Universidade Federal de Santa Catarina; Abschluss in Philosophie durch die Pontifícia Universidade Católica de Campinas; Professor der Universidade Metodista de Piracicaba und der Universidade Paulista; Staatsanwalt der Region São Paulo.

Lucy Arraya – Abogada internacionalista, historiadora, politóloga y ex diplomática dominicana. Docente universitaria desde 1996, iniciando en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay. Hoy en las universidades Nacional Pedro Henríquez Ureña y Católica Santo Domingo, de la República Dominicana, respectivamente.

Maria Raquel Firmino Ramos – Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas e Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Advogada. Professora do Curso de Direito do Centro de Estudos Superiores de Maceió – CESMAC. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa subsidiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Alagoas – FAPEAL nominado Bases Jurídicas para aperfeiçoamento da gestão fiscal no Estado de Alagoas.

Marilia Montenegro Pessoa de Mello – Doutora em Direito pela UFSC. Professora de Direito Penal e de Criminologia da Universidade Federal e Universidade Católica de Pernambuco. Orientadora do trabalho de conclusão de curso que resultou a presente pesquisa sociojurídica.

Michel Prieur – Professor Emérito da Universidade de Limoges/França. Diretor científico do Centro de Pesquisas Interdisciplinares em Direito Ambiental, de Ordenamento Territorial e Urbanístico da Universidade de Limoges, França. Presidente do Centro Internacional de Direito Ambiental Comparado, ONG internacional com status consultivo e acreditação permanente diante do Conselho Econômico e Social da ONU. Fundador da Sociedade Francesa para o Direito Ambiental, da Revista Europeia de Direito Ambiental e da Revista Jurídica do Meio Ambiente. Doutor honoris causa das universidades de Zaragoza (Espanha), de Bucareste (Romênia), de Sherbrooke (Canadá), de Santa Fé (Argentina). Oficial da Legião de Honra da França. Comandante da Ordem das Palmas Acadêmicas (França). Cavaleiro da Ordem Nacional do Mérito (França). Prêmio Elizabeth Haub (Universidade Livre de

Bruxelas). Autor de inúmeros artigos e obras na área do Direito Ambiental. Serviços de consultoria especializada prestados a organismos internacionais.

Orides Mezzaroba – Professor der Master und Promotionsprogramme der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universidade Federal de Santa Catarina; Beitragsprofessor des Masterprogramms der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universidade de São Paulo; Forscher (Modalität Produktivität) des CNPq.

Silvio Beltramelli Neto – Professor de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Membro do Ministério Público do Trabalho (Procurador do Trabalho em Campinas/SP). Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Autor do livro “Direitos Humanos”, publicado, em 3ª edição, no ano de 2016, pela Editora Juspodivm.

Thami Covatti Piaia – Doutora em Direito Pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS. Graduada pela URI, campus Frederico Westphalen/RS. Professora do Programa de Pós-Graduação stricto sensu – Mestrado e Doutorado em Direito da URI, Campus Santo Ângelo.

Ticiani Garbellini Barbosa Lima – Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP – UNAERP. Advogada.

Yamandú Acosta – Mestre em Ciências Humanas pela Universidad de la República, Montevideo (Uruguai). Filósofo. Pesquisador del Centro de Estudios Interdisciplinarios Latinoamericanos (CEIL), Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad de la República, Uruguay. Investigador Activo, Nivel II del Sistema Nacional de Investigadores

Zaiden Geraige Neto – Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor de Direito do Mestrado da UNAERP. Professor convidado do curso presencial de pós-graduação "lato sensu" em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP – Ribeirão Preto (FDRP/USP). MBA Executivo pela FGV (Fundação Getúlio Vargas). Membro efetivo e Diretor de Relações Institucionais do IASP. Membro das Comissões de Processo Constitucional e Bioética do IASP. Membro efetivo do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros). Parecerista e consultor da revista do Conselho da Justiça Federal. Advogado.

APRESENTAÇÃO

PRESENTATION

A *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, vinculada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo/RS possui periodicidade semestral e é avaliada pela Qualis/CAPES/MEC com o estrato B1, o que lhe confere uma elevada responsabilidade de publicar artigos científicos capazes de traduzir reflexões envolvendo as mais variadas áreas do direito. Esta 28ª edição da Revista traduz pesquisas acadêmicas de renomadas/os estudiosas/os nacionais e estrangeiros, trabalhos estes avaliados pelo sistema Double Blind Peer Review, pelo qual autores e avaliadores são desconhecidos entre si.

O pesquisador e filósofo do centro de Estudos Interdisciplinares Latinoamericanos (CEIL), vinculado a Faculdade de Humanidades e Ciência da Educação da Universidad de la República (Montevideo – Uruguai), Prof. *Yamandú Acosta*, reflete acerca da complexidade que envolve democracia e seus reflexos sobre o mercado e os direitos humanos através do artigo *La conflictiva y nunca acabada construcción de la democracia: entre la religión del mercado y los derechos humanos*.

O Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão defende que o pragmatismo filosófico está mais próximo das concepções liberais do que do relativismo das teorias comunitaristas. Este tema é abordado no artigo intitulado *A fundamentação dos direitos humanos: multiculturalismo, liberalismo e a visão pragmatista*.

Através do artigo *Der Rechtspositivismus: Die Suche nach einem emanzipatorischen Paradigma des sozialen Konflikts in Brasilien*, os autores Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza, docente na Universidade Nove de Julho (UNINOVE) e promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo e o Prof. Dr. Orides Mezzaroba, docente no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade Federal de Santa Catarina analisam o papel do positivismo jurídico diante da realidade brasileira e o seu confronto com as questões ambientais.

Esta edição conta também com o artigo denominado *Controle de Convencionalidade Difuso e Concentrado em matéria trabalhista nas perspectivas da OIT e do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*, do Prof. Dr. Silvio Beltramelli Neto, docente da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas/SP e de Cesar Henrique Kluge, Procurador do Trabalho em Uberlândia/MG, no qual apresentam o controle de convencionalidade como uma ferramenta metodológica voltada à necessária interlocução estável e permanente entre normas nacionais e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, aplicada às relações de trabalho, com vistas à obtenção de incremento dos espaços de resistência às violações à Dignidade da Pessoa Humana no desempenho da atividade laboral.

O Prof. Dr. Guilherme Camargo Massauá, da Faculdade de Direito e do Mestrado em Direito da UFPel, e o Prof. Dr. Fábio Souza da Cruz, do Curso de Jornalismo da mesma instituição escrevem sobre *A conquista do Direito*

Fundamental à Moradia, embasando seus estudos na influência de movimentos sociais e, ao mesmo tempo, apresentando dados recolhidos em entrevistas efetuadas no Serviço de Assistência Judiciária Gratuita da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas. Os dados revelam o nível de acesso à moradia por meio de fomento de programas do Estado.

O Prof. Dr. Zaiden Geraige Neto, acompanhado da Mestranda Ticiani Garbellini Barbosa Lima e do Mestrando Jonatas Ribeiro Benevides apresentam uma pesquisa interdisciplinar envolvendo Direito Processual Civil, Direitos Coletivos e Direito Comparado. O artigo é intitulado *O desafio do acesso à Justiça no Brasil e a comparação no Direito Português*.

Los principios del Derecho Internacional Público en el Congreso de Viena 1814-1815 são analisados pela professora Lucy Ayala advogada internacionalista, historiadora, politóloga e ex-diplomata dominicana, que busca contextualizá-los e refletir sobre sua influência social e jurídica.

O tema envolvendo *Ética na Administração Pública e as lógicas de moralidades na relação Público-Privado no Estado-Cidadão* é desenvolvido pelo Dr. Afonso Soares Oliveira Sobrinho, pelo Ms. Clarindo Ferreira Araujo Filho e pelo Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, no qual abordam a importância da ética na administração pública, destacando a necessidade de transparência com os gastos públicos.

Nesse mesmo sentido que envolve as questões de direito público, o Prof. Dr. Fábio Lins de Lessa Carvalho, da Universidade Federal de Alagoas, trata sobre *A proteção do interesse público e a reeleitura dos princípios da administração pública a partir da atuação de Graciliano Ramos como gestor público*.

As contribuições do Prof. Dr. David Barbosa de Oliveira versam sobre *Militares anistiados e sua distinção: a supressão de direitos decorrente da interpretação e tratamento conferido pelo Ministério da Defesa*. O artigo reflete sobre as representações sobre anistia, assim como as disputas de poder e de sentido dos que militam neste tema.

O renomado Professor Emérito da Universidade de Limoges/França, Dr. Michel Prieur – Professor Emérito da Universidade de Limoges/França, juntamente com a Dra. *Grace Ladeira Garbaccio* e o Prof. Dr. José Antônio Tietzmann e Silva disponibilizam o artigo *Aspects socio-environnementaux des relations de travail dans la post-modernité*.

Na sequência, a Revista publica o artigo *Para além da “Vaquejada” e da “Farra do boi”: justiça para o direito dos animais*, do Prof. Dr. Fernando César Costa Xavier, vinculado ao Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Roraima, o qual analisa as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre estes temas.

No cenário complexo do tráfico de drogas no Brasil, a Profa. Dra. Marília Montenegro Pessoa de Mello, vinculada a Universidade Federal e a Universidade Católica de Pernambuco e a advogada Brunna Danielly Souza Ramos apresentam o artigo *Dialogando com os fatos: quem é preso provisoriamente por tráfico de*

drogas na cidade do Recife, realizando uma abordagem crítica frente à política de combate às drogas.

O tratamento dos conflitos nas relações de consumo: o caso do fim da Banda Larga fixa ilimitada é analisado pela Profa. Dra. Charlise Paula Colet Gimenez e Profa. Dra. Thami Covatti Piaia, ambas vinculadas ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo/RS.

Por fim, a edição 28 é composta pelo artigo *O stare decisis no Brasil: análise do RE 572.762/SC e suas repercussões no ICMS*, de autoria do Prof. Dr. Filipe Lôbo Gomes e da Profa. Ms. Maria Raquel Firmino Ramos, assim como pelo artigo *O papel dos atores estatais e não estatais no desenvolvimento sustentável global: uma introdução*, escrito pelo Prof. Dr. Giovanni Olsson e pelo Ms. Eduardo Baldissera Carvalho Salles da UNOCHAPECO.

Queremos agradecer a todas/os Colaboradoras/es, bem como as/aos Pareceristas desta edição da Revista *Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas* que, através de suas pesquisas e avaliações tornaram possível manter a qualidade e excelência do periódico. A todas/os desejamos uma ótima leitura!

Outono de 2017.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del’Olmo
Profa. Dra. Rosângela Angelin
Comitê Editorial

DIREITO E JUSTIÇA: Reflexões sociojurídicas

NOVOS DIREITOS

**Revista do Curso de Graduação em Direito
da URI – Campus Santo Ângelo–RS**

Santo Ângelo – RS, ano XVII, n. 28 – maio 2017

ISSN 1676-8558

LA CONFLICTIVA Y NUNCA ACABADA CONSTRUCCIÓN DE LA DEMOCRACIA: ENTRE LA RELIGIÓN DEL MERCADO Y LOS DERECHOS HUMANOS

THE CONFLICTED AND NEVER FINISHED CONSTRUCTION OF DEMOCRACY: BETWEEN MARKET RELIGION AND HUMAN RIGHTS

Yamandú Acosta¹

Sumário: Introducción. 1 Las virtudes de la reflexión. 2 Las instituciones: entre el sujeto y la estructura. 3 Las democracias de seguridad mercantil. 4 El capitalismo como religión, sin dogma ni teología. 5 El capitalismo como religión con dogma y con teología. 6 Dios no ha muerto: el ser humano como “ser supremo para el ser humano” y la superación crítica de la idolatría del Mercado. 7 La democracia como realización de un régimen de derechos humanos y el discernimiento de los derechos humanos como condición del discernimiento de la democracia. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: En este artículo se hace un estudio enfocado a analizar como la democracia se construye a partir de dos puntos centrales que impregnan hoy en día: la religión del mercado y los derechos humanos. La exposición apunta a reflexionar sobre la construcción de la democracia como su asunto central, construcción que identifica como “conflictiva y nunca acabada”. El eje de esa conflictividad y ese inacabamiento se ubica en la relación y tensión entre las implicaciones de la racionalidad del mercado, asumida hegemónica y globalmente como la racionalidad frente a la cual no hay alternativas, y la racionalidad de la vida, que en su condición de racionalidad reproductiva humanidad – naturaleza, resulta desplazada, invisibilizada y exponencialmente socavada por la totalización de aquella. Se considera ese desplazamiento, invisibilización y socavamiento exponencial de la vida humana y de la naturaleza, como producto de la imposición de la racionalidad del mercado, en su sobredeterminación como religión impulsada por el neoliberalismo a través de su teología dogmática. Entonces, la democracia sigue siendo un proceso de construcción que añade muchos factores que influyen, entre ellos la religión del mercado.

Palabras clave: Democracia. Religión del Mercado. Derechos Humanos.

Abstract: In this article, it is made a study focused on how democracy is built from two central points that pervade today: market religion and human rights. This presentation aims to ponder on the construction of democracy as its central subject, a construction that identifies itself as “conflicted and never finished”. The axis of this conflict and its incompleteness is located in the relationship and tension between the implications of market rationality, hegemonic and globally assumed as the rationality which against there are no alternatives, and the rationality of life, in its condition of humanity-nature reproductive rationality, resulting in displacement, exclusion

¹ Mestre em Ciências Humanas pela Universidad de la República, Montevideo (Uruguay). Filósofo. Pesquisador del Centro de Estudios Interdisciplinarios Latinoamericanos (CEIL), Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad de la República, Uruguay. Investigador Activo, Nivel II del Sistema Nacional de Investigadores. E-mail: yamacoro49@gmail.com.

and exponentially undermining of this by the overwhelming presence of that. This displacement, exclusion and exponential undermining of human life and nature, as a product of the market rationality imposition and its over-determination as a religion promoted by the neoliberalism through its dogmatic theology. So, democracy remains a building process that adds many influencing factors, between these market religion.

Keywords: Democracy. Market Religion. Human Rights.

INTRODUCCIÓN

La tesis benjaminiana del capitalismo como religión sin teología y su actualización en los términos de religión con teología que viene llevando a cabo Franz Hinkelammert, adquieren centralidad en la reflexión. En sintonía con esa actualización crítica, pero en específica referencia a la construcción de la democracia, se acude a la categoría de “democracias de seguridad mercantil”, que expresa el espíritu de la democracia globalmente dominante.

Considerada la democracia –con Hinkelammert– como “realización de un régimen de derechos humanos”, la reflexión desde sus aportes al discernimiento de los derechos humanos de la vida corporal inmediata concreta, respecto de los derechos contractuales construidos sobre las relaciones de producción dominantes vigentes, también adquiere centralidad.

Por la mediación de estos derechos no contractuales, se asciende a la racionalidad de la reproducción de la vida, al impulso de una fe antropológica que desplaza críticamente al falso dios impuesto por la religión del mercado, al hacer visible al ser humano y a las relaciones que lo afirman en su dignidad, como “el ser supremo para el ser humano”, referencia de racionalidad y de humanidad y por ello como referencia en la construcción de democracia.

Este estudio abarcará los siguientes temas: a) Las virtudes de la reflexión; b) Las instituciones: entre el sujeto y la estructura; c) Las democracias de seguridad mercantil; d) El capitalismo como religión, sin dogma ni teología; e) El capitalismo como religión con dogma y con teología; f) Dios no ha muerto: el ser humano como “ser supremo para el ser humano” y la superación crítica de la idolatría del Mercado y como fines concluyentes, se abordará la democracia como realización de un régimen de derechos humanos y el discernimiento de los derechos humanos como condición del discernimiento de la democracia.

1 LAS VIRTUDES DE LA REFLEXIÓN

Nos proponemos desarrollar unas reflexiones, entendiendo las mismas en el sentido recogido por Juan José Bautista (BAUTISTA, 2011, p. 1) que hemos hecho nuestro (ACOSTA, 2012, p. 15-16). De acuerdo a las consideraciones vertidas por Bautista en su texto *De la racionalidad moderna a la racionalidad de la vida*,

mientras el *análisis* implica un distanciamiento o polarización entre el polo activo de un *sujeito* que analiza y el polo pasivo del *objeto* que es analizado, y por lo tanto una relación asimétrica y de dominación que tiene lugar también cuando el objeto es otro sujeto –otro ser humano– que resulta entonces cosificado al ser reducido a la condición de objeto por el analista que se arroga el lugar del sujeto, consolidándose una relación *sujeito-objeto* en la que se ocupa una posición o la otra, pero no ambas; en la *reflexión* o plano de la autoconciencia, –en la línea de Hegel o de Marx y hoy Hinkelammert y Bautista– “el sujeto ya no se pone ante todo como si todo lo que existe fuera de sí fuesen objetos, sino que descubre que detrás de todo objeto siempre hay sujetos que ponen objetividades, por ello es que la conciencia cuando descubre esto se eleva del análisis a la reflexión, porque acá lo tematizado ya no son objetos, sino sujetos en relación. En este sentido es que el sujeto se descubre ahora a sí mismo como parte del problema, o si no como el problema central. La especificidad del ámbito de la reflexión consiste en saber que uno mismo como sujeto o investigador es parte del problema que uno quiere reflexionar o pensar. Por ello lo propio de la reflexión y la autoconciencia es la relación sujeto-sujeto” (BAUTISTA, 2011, p. 1; ACOSTA, 2012, p. 16).

Esta reflexión o autoconciencia en cuanto relación *sujeito-sujeto*, en que la asimetría, dominación y uni-direccionalidad de la relación *sujeito-objeto* se han transformado en simetría, emancipación y reciprocidad, alcanza sus mejores posibilidades “cuando empezamos a concebir la naturaleza como sujeto y no ya como objeto, como es lo propio del mundo moderno y sostenido como dogma por la concepción de la ciencia moderna” (BAUTISTA, 2011, p. 1; ACOSTA, 2012, p. 16).

El dualismo sujeto – objeto constituye el eje filosófico fundante de la modernidad en los términos de una afirmación antropocéntrica que al reducir la corporeidad y la naturaleza a la condición de objeto, genera un antropocentrismo que al implicar la afirmación del ser humano como *ego cógito* enfrentado a la alteridad de la *res extensa*, procede objetivamente a la autodestrucción de este ser humano el que, más allá de la ilusión metafísica de trascender –como sujeto– toda corporeidad y toda naturaleza –todo objeto–, no puede efectivamente afirmarse sin su corporeidad y por lo tanto sin la naturaleza y la diversidad de las corporeidades en relación que la constituyen. A ese dualismo ontológico y antropológico corresponde el dualismo epistemológico de la relación sujeto – objeto, por el cual aquello que ocupa el lugar del objeto queda reducido a la condición de tal, aún en el caso que se trate de otro sujeto.

La relación sujeto-sujeto en la autoconciencia y la reflexión con la que críticamente en la modernidad Hegel y Marx interpelan a la relación sujeto objeto fundante de la modernidad, supera los límites e implicaciones de la ciencia como *science* en las virtudes de la ciencia como *wissenschaft* (BAUTISTA, 2011, p. 1), en una superación crítica de la modernidad en sus fundamentos, aunque en tensión entre la modernidad como un horizonte de sentido que tal vez no alcanza a superar y un avance hacia los fundamentos epistemológicos de la trans-modernidad (DUSSEL, 1992, p. 246-247) en cuanto trascendencia al interior de la modernidad y en cuanto alternativa y por lo tanto, superación de la modernidad y su horizonte de sentido.

Por lo que acabamos de señalar, la reflexión en lugar del análisis, no obstante implicar análisis que no sean sino momentos objetivantes al interior de una reflexión que restituya la relación sujeto – sujeto cuando esta relación fundante es invisibilizada por la inercia moderna de la relación sujeto – objeto, nos coloca de suyo en la perspectiva de la trans-modernidad, la que en tanto trascendencia inmanente a la modernidad el lugar epistemológico tanto de la crítica como de la superación de la modernidad y de la occidentalidad, de la cual es su forma vigente como sociedad moderno-occidental.

2 LAS INSTITUCIONES: ENTRE EL SUJETO Y LA ESTRUCTURA

Valiéndonos –por qué no– una vez más, del título del libro que Norbert Lechner publicara en 1984 *La conflictiva y nunca acabada construcción del orden deseado* (LECHNER, 1984), nos ponemos en la perspectiva de reflexionar sobre la democracia como un problema del que somos parte en el sentido de estar concernidos en su “conflictiva y nunca acabada construcción”, la que no ha dejado de ganar centralidad en su condición de mediación institucional en la omnicomprensiva e igualmente “conflictiva y nunca acabada construcción” de la humanidad que nos concierne a todos y cada uno de los seres humanos a lo largo y ancho del planeta.

“La conflictiva y nunca acabada construcción” de la humanidad –y la de la democracia como su mediación institucional– es un problema para el que los *análisis* resultan insuficientes en términos de su elaboración y elucidación de soluciones, si no son integrados al interior de una *reflexión* que por detrás de todas las relaciones *sujeto-objeto* analizadas, discerna las relaciones *sujeto-sujeto* que las trascienden y sustentan en la totalidad del entramado de la realidad, naturaleza incluida, en una perspectiva dialéctica que subsuma a los momentos analíticos; aunque una perspectiva dialéctica que recuperando la perspectiva de la totalidad, al discernir las totalizaciones ilegítimas operadas por la racionalidad analítica y fragmentaria, no imponga una nueva totalización que cierre los horizontes de la humanización y la democratización en su conflictiva y nunca acabada construcción.

Las reflexiones que se ensayan encuentran medular sustento en el espacio de pensamiento crítico que con fuerte relación al abierto por Marx en el siglo XIX, Franz Hinkelammert elabora y desarrolla en América Latina desde la década de los 60 del siglo XX y que se sigue mostrando válido y vigente en estas dos primeras décadas del siglo XXI.

En particular, Hinkelammert ha puesto el acento en la relación humanidad – instituciones, mostrando con buenos argumentos que la humanidad no puede constituirse sin instituciones, por lo que estas son mediaciones indispensables en el proceso de su construcción, aunque ha advertido sobre las amenazas para la misma que a través de esas mediaciones procura construirse, cuando las instituciones, a través de un proceso de fetichización, adquieren vida propia, llegando a transformar a los seres humanos en mediaciones para su propio desarrollo y consolidación

(HINKELAMMERT, 1981 y 1990a), devorando en última instancia a la humanidad, aunque paradójicamente en nombre de su realización como humanidad.

Las instituciones en cuanto mediaciones en la construcción de la humanidad, se encuentran emplazadas entre esta en cuanto sujeto y la estructura, de allí que la construcción de las instituciones –la democracia incluida– sea inevitablemente conflictiva y nunca acabada.

La humanidad en cuanto sujeto se afirma a través de la construcción de relaciones necesarias e independientes de la voluntad –las relaciones de producción– que los agentes humanos producen al producir sus medios de vida que según el clásico relato de Marx en el Prólogo de la *Contribución a la “Crítica de la Economía Política”* de 1859, constituye la llamada “estructura” o “base real”.

En la lectura estructuralista, como la que en una de las vertientes de la tradición marxista ha propiciado Louis Althusser, el sujeto se reduce a ser un lugar en la estructura, la que se convierte en el gran protagonista y motor no intencional del desarrollo histórico de la humanidad. Y las instituciones son un reflejo superestructural de esa estructura al servicio de la cual funcionan.

En cambio, en la lectura humanista, del “humanismo de la praxis” que se adscribe al espacio crítico abierto por Marx, pero con autonomía crítica respecto de toda tradición marxista, como es el caso de la propiciada por Franz Hinkelammert, la estructura no deja de ser un sistema complejo de relaciones, pero estas son entre sujetos cuya trascendentalidad inmanente a la misma, dice acerca de su protagonismo y capacidad de transformarla intencionalmente, por lo que frente al determinismo de la lectura estructuralista, se abre la posibilidad de la liberación que implica una complementaria responsabilidad; responsabilidad no solamente por los efectos intencionales de la acción, sino también por los efectos no intencionales – esto es, estructurales– de la acción intencional.

En esta perspectiva crítica abierta por Hinkelammert, la política realista es una alternativa a la *real politik* y el pragmatismo político no queda prisionero de las implicaciones del cálculo de utilidad, sino que “el realismo en política como arte de lo posible”, fundamenta la racionalidad estratégica y táctica de la política al interior de la racionalidad práctica de una ética de la responsabilidad por la vida humana – naturaleza incluida– en la diversidad de sus expresiones y manifestaciones. Una ética necesaria que es referente de legitimidad en términos de un efectivo universalismo ético de todas las éticas opcionales incluidas todas las éticas religiosas, por la que “el arte de lo posible” no pasa en lo fundamental por la implementación de acciones que la coyuntura vigente permite proyectar y realizar sin mayores obstáculos, sino por la implementación de acciones concurrentes a la construcción de sociedades posibles, es decir, sociedades cuyas lógicas de construcción lo sean en el sentido de un orden en el que todos puedan vivir y no en el de que algunos o muchos deban ser sacrificados para que otros puedan vivir. Lógica –esta última– que no solamente es incompatible con un efectivo universalismo ético, sino que es incompatible con la reproducción de la vida real – humanidad/naturaleza en la diversidad de sus expresiones sin exclusiones– y por lo tanto, más allá de sus pretensiones de racionalidad, resulta actual y tendencialmente

sustantivamente autodestructiva al ser destructiva de sus condiciones de posibilidad –la naturaleza y el hombre– y por lo tanto irracional.

Como este tipo de sociedad no es posible en términos del argumento expuesto –aunque exista actualmente– no se debe insistir en ella, pues solamente se debe lo que se inscribe en los términos de lo posible (HINKELAMMERT, 1990a, p. 21-29).

Dicho en breve, el capitalismo –no obstante es de hecho– no es posible y por lo tanto en una perspectiva que implica responsabilidad por la humanización o emancipación humana, como no es posible, no se debe insistir en su reproducción y menos aún en su profundización y totalización.

En este “humanismo de la praxis”, que más allá de la lectura de Marx que propicia, consiste en una praxis humanista y humanizante, las instituciones que en su condición superestructural no dejan normalmente de ser mediaciones al servicio de la reproducción de la estructura, cuando esta afecta con fuerte negatividad a los sujetos que la sostienen –la naturaleza incluida– en sus relaciones necesarias e independientes de la voluntad, estos pueden procurar transformarla, transformando las instituciones al transformar el espíritu de las mismas que deja de estar anclado en la estructura, para radicarse en los seres humanos y la naturaleza en su condición de sujeto.

3 LAS DEMOCRACIAS DE SEGURIDAD MERCANTIL

Ya hemos identificado como “democracias de seguridad mercantil” (ACOSTA, 2005, p. 254) a las que se imponen desde los ’80 y ’90 del siglo pasado, a través de la mediación de las “Dictaduras de Seguridad Nacional” (HINKELAMMERT, 1990b, p. 211-228) de los ’60 y ’70 en América Latina.

Para los tiempos que hoy corren, Hinkelammert habla de una “Dictadura Mundial de Seguridad Nacional” liderada por las burocracias transnacionales privadas en alianza con los EEUU y sus aliados estratégicos que se constituyen como gendarme mundial, que procura legitimarse democráticamente, en la implementación de la que podría bautizarse como “Democracia Mundial de Seguridad Mercantil”.

Las “Dictaduras de Seguridad Nacional” promovieron una transformación de las subjetividades por el ejercicio del terrorismo de Estado, práctica que procuraron legitimar al presentarse como democracias en estado de excepción, democracias que se encontraban amenazadas por sus enemigos –internos y externos– y que eran retiradas de escena por las FFAA para protegerlas de los mismos y reinstalarlas una vez que las amenazas hubieran sido eliminadas.

Las FFAA que violaron las instituciones democráticas desde sus fundamentos constitucionales, no violaban la Constitución ni la democracia, sino que las defendían al sustraerlas del escenario en el que se encontraban amenazadas, por lo que no eran un poder ilegítimo, sino el poder soberano, dado que la soberanía

había tenido que migrar del pueblo en estado de indefensión frente a los enemigos de la democracia, a las FFAA que al ocupar el aparato del Estado, se constituían en representación defensiva del soberano, se arrojan el lugar de la soberanía como un poder de facto (HINKELAMMERT, 1990b, p. 212).

En términos de la filosofía política clásica, el ciudadano rousseauiano de la pre-dictadura, es transformado en el súbdito hobbesiano de la dictadura. En razón de esa refundación cultural por la que las “Dictaduras de Seguridad Nacional” inicialmente hacen del ciudadano un súbdito, y producen un nuevo orden en que la propiedad privada y el cumplimiento de los contratos, se reaseguran como principios incuestionables, aunque en los hechos violen la Constitución –que es el contrato fundamental de una sociedad– y la propiedad privada de quienes han construido y destruido como enemigos, pueden considerarse como expresiones de la modernidad: del orden recibido, se ha transitado a un orden producido.

La propiedad privada y el cumplimiento de los contratos –principios fundamentales del liberalismo en lo filosófico, del capitalismo en lo económico y por lo tanto de la democracia liberal que en lo político es funcional al capitalismo, quedan –en su condición de principios– al resguardo de las amenazas del “comunismo” que transformado desde el capitalismo amenazado y los poderes que representa en un fantasma que recorre América Latina, puede y debe ser legítimamente aniquilado a través del aniquilamiento de quienes se posicionan ideológicamente contra aquellos principios fundantes –criminales ideológicos (HINKELAMMERT, 1990b, p. 141-142), que en cuanto lo son del sistema económico, social y político realmente existente, son identificados como enemigos de la humanidad, por lo que en su condición de tales se han puesto fuera de la humanidad y en contra de ella y por lo tanto han renunciado a derechos humanos que debieran ser respetados.

Este disciplinamiento desde el Estado autoritario que a través de las “Dictaduras de Seguridad Nacional” transforma al ciudadano en súbdito, aporta las condiciones de posibilidad para un disciplinamiento por el Mercado en las “democracias de seguridad mercantil”, en que fundamentalmente consisten las democracias pos-dictatoriales de los ’80 en adelante.

En ellas no está el pueblo en el centro, ni siquiera como mito fundante como es el caso de las democracias liberales pre-dictatoriales, tampoco las FFAA que usurpando el lugar del pueblo lo suplantando por la Nación como destinatario de la seguridad en las “Dictaduras de Seguridad Nacional” de los ’60 y los ’70, sino las relaciones mercantiles mediadas por el sistema político democrático, mediación política legitimadora en términos de procedimentalidad democrática de las relaciones mercantiles como última instancia de sentido de las “nuevas democracias”. Estas relaciones mercantiles, a diferencia del pueblo o de la nación cuyas lógicas de afirmación arraigan en el territorio, son cada vez más transterritoriales y por lo tanto cada vez más ajenas a las necesidades de las poblaciones territorializadas sea como pueblo, sea como nación.

A través del súbdito hobbesiano que había desplazado al ciudadano rousseauiano, se impone el propietario lockeano estrictamente tal o el consumidor que con su compulsión interminable de apropiación-consumo, potenciada en la

figura de la “ciudadanía credit-card” (MOULIAN, 1997) es la transformación deformada, deformante e imaginariamente universalizable de aquél; se trata de propietarios de renovadas y crecientes deudas que se invisibilizan en su efectiva, creciente y muchas veces impagable condición de tales, al ser consideradas como “crédito”.

La implementación de la idea de democracia política y de transición a la democracia como transición de una forma de gobierno –la dictadura– a otra forma de gobierno –la democracia–, desde los actores políticos e intelectuales de la transición en los ’80, convergen con las lógicas desde el Estado y desde el Mercado antes señaladas, en la reducción de la democracia a su registro político en términos politicistas – procedimentalistas, por los que la democracia no pasa de ser un sistema para elegir representantes en forma periódica y un conjunto de reglas a ser tenidas en cuenta por todos a los efectos de administrar y resolver pacíficamente los conflictos. Ello se hace posible por la renuncia –tácita o explícita– a toda sustantividad democrática sobre la referencia de que todos –naturaleza incluida– puedan vivir con dignidad, pues una democracia sustantiva implicaría “echar por tierra todas las relaciones en las que el ser humano sea un ser humillado, sojuzgado, abandonado y miserable” –como ha señalado Marx en su *Introducción a la crítica de la filosofía del derecho de Hegel* y nos lo recuerda actualmente con insistencia Hinkelammert. Esto supondría poner en el centro al ser humano –naturaleza incluida–, sus necesidades y su dignidad y, sobre esta referencia transformar las relaciones mercantiles, en lugar de totalizarlas y constituir las en la última instancia en la construcción de la democracia.

En la presente exposición, queremos sumar a la consideración de aquellas lógicas convergentes de transformación de la subjetividad desde el Estado en el marco de las “Dictaduras de Seguridad Nacional”, desde el transicionalismo y el Mercado en las “democracias de seguridad mercantil”, en su condición de lógicas de democratización funcionales al sentido y necesarios límites de la democracia en el proceso en curso de implementación, desarrollo y consolidación a nivel global de un “totalitarismo del mercado” (HINKELAMMERT, 2016); la del capitalismo como religión planteada por Benjamín y su sucedáneo neoliberal actual del mercado como religión considerado y reflexionado por Hinkelammert, que constituyen el núcleo duro fundante de la “Dictadura Mundial de Seguridad Nacional” que se traviste bajo las apariencias de una “Democracia Mundial de Seguridad Mercantil”.

Es en esa religiosidad que con su consecuente espiritualidad promovida por el neoliberalismo coloniza la subjetividad, que el “totalitarismo del mercado” tiende a consolidarse.

4 EL CAPITALISMO COMO RELIGIÓN, SIN DOGMA NI TEOLOGÍA

Hay consenso entre los estudiosos del pensamiento de Benjamín, respecto del carácter “oscuro” y “hermético” de su texto *El capitalismo como religión* que según los mismos fuera redactado muy probablemente en 1921 y publicado por primera vez en 1985.

También hay consenso en que el capitalismo de hoy bajo su impronta neoliberal mantiene el Espíritu que Benjamín presenta en su texto –yo diría que lo profundiza de acuerdo a algún argumento que ofreceré–, lo cual dice de la actualidad de su lectura crítica del capitalismo, no obstante no era posible prever en los años veinte del siglo pasado, las transformaciones que en el capitalismo como sistema mundial hoy globalizado iban a tener lugar a partir de la década de los setenta de ese siglo, las que se profundizan hasta hoy.

Focalicemos algunos de los ejes del texto de Benjamín. De acuerdo a sus dichos, el capitalismo debe ser visto como una religión, aunque no en el sentido weberiano de considerarlo “una forma condicionada religiosamente”, “sino en cuanto fenómeno, esencialmente religioso”. Mientras Weber argumenta sobre el papel de la ética protestante en la fundamentación del espíritu del capitalismo, de manera tal que la dimensión ético-religiosa y la dimensión socio-económica –de diferente naturaleza– se dan separadas y la segunda se sostiene en la primera, en la lectura de Benjamín, el capitalismo es “esencialmente religioso”; esto es, el fundamento ético-religioso no está en otra dimensión, sino al interior de la dimensión socio-económica, como su trascendentalidad immanente.

Señala Benjamín tres rasgos del capitalismo como religión, que según su perspectiva singularizan a esta religión: “En primer lugar –dice– el capitalismo es una pura religión de culto, quizá la más extrema que haya conocido nunca”. Y agrega: “no conoce ninguna dogmática especial, *ninguna teología*” (HINKELAMMERT, 2007, p. 167).

En este punto creo que radica la novedad del capitalismo y de su Espíritu en su etapa neoliberal emergente en los setenta, profundizada en los ochenta y globalizada desde los noventa del siglo pasado: en el hecho de que sin dejar de ser una religión, en este proceso que desde los setenta del siglo XX llega hasta la actualidad, cuenta además una *teología* –que Hinkelammert hace visible– que sobredetermina al capitalismo como religión y esa teología es justamente la que produce el neoliberalismo. El capitalismo es esencialmente una religión –tesis de Benjamín– y el neoliberalismo es esencialmente una teología –tesis de Hinkelammert–, por lo que la crítica al capitalismo como religión no puede prescindir hoy de la crítica al neoliberalismo en cuanto su teología, como tal vez erróneamente lo hizo Benjamín hacia los años 20 del siglo pasado.

“Un segundo rasgo del capitalismo –escribe Benjamín– está relacionado con esta concreción del culto: la duración permanente del culto” (HINKELAMMERT, 2007, p. 167). Se trata pues de un culto omnipresente, a diferencia de todas las religiones positivas practicadas e identificadas como religiones en las que el culto tiene codificados sus lugares y momentos de realización. Esta segunda característica dice acerca del enorme poder de esta religión, el que tal vez se potencia entre otras razones por el hecho de que el culto en que consiste no es percibido como culto, por cuanto la religión que sobre esta práctica omnipresente se fundamenta, tampoco es percibida como religión.

Si pensamos que el capitalismo, que la religión del mercado en que esencialmente consiste, que el culto omnipresente que esa religión profesa, están globalizados y tienden a totalizarse –esto es a excluir toda exterioridad–, entonces

nos encontramos con una religión globalizada y globalizante, cuyo culto omnipresente atraviesa los cultos de las religiones reconocidas como tales, las cuales se pueden sostener y reproducir en el grado en que sean compatibles con esta religión capitalista y su culto omnipresente y totalizante.

Agrega Benjamín: “En tercer lugar este culto es culpabilizante. El capitalismo es, probablemente, el primer caso de un culto no expiante, sino culpabilizante” (HINKELAMMERT, 2007, p. 167). Y continúa más adelante: “Una culpabilidad monumental, que no se sabe expiar echa mano del culto, no para expiar en él la culpa, sino para hacerla universal, meterla a la fuerza en la conciencia y, por último y sobre todo, abarcar a Dios mismo en esa culpa para interesarle a Él, al final, en la expiación” (HINKELAMMERT, 2007, p. 167). Debe aquí traerse a colación el señalamiento de los especialistas, respecto del término alemán “*schuld*” que traducido aquí como “culpa” – todas las citas de *El capitalismo como religión* hemos optado por tomarlas de la reproducción del texto que nos ofrece Hinkelammert (HINKELAMMERT, 2007, p. 166-169), puede traducirse también como “deuda” (LA LLAMA, 2004, p. 6).

Se trata pues de un *pathos*, *ethos* y *logos* internalizado y generalizado por el cual todos somos culpables deudores y deudores culpables: si nos sentimos deudores y culpables de nuestra deuda, actuamos y pensamos como tales y alimentamos una lógica –la lógica del capitalismo– que nos impele a procurar saldar esa deuda insalvable de la que nos sentimos culpables y al hacerlo alimentamos religiosamente la sacrificialidad de esa lógica que nos conduce a nuestra desesperación y en última instancia a nuestra aniquilación para que viva el dios del capital:

Es parte de la esencia de este movimiento religioso que es el capitalismo, el resistir hasta el final, hasta la obtención de un estado mundial de desesperación por el que precisamente se *espera*. En eso consiste lo inaudito del capitalismo, que la religión no es ya reforma del ser, sino su despedazamiento. La expansión de la desesperación a estado religioso mundial del cual ha de esperarse la redención (HINKELAMMERT, 2007, p. 167).

En el marco del *pathos*, *ethos* y *logos* hiperconsumista cada vez más universalizado que transforma radicalmente el de la ética protestante que había tematizado Max Weber y que hemos consignado a través de esa nueva figura de la ciudadanía que nos propone Tomás Moulian, “la ciudadanía *credit-card*”, nos encontramos con que la “deuda” se transforma a nivel de esa subjetividad en “crédito”, por lo que podríamos interpretar que la “culpa” se transforma en “inocencia”.

Una “deuda” impagable subjetivizada como un “crédito” interminable que transforma la “culpa” en “inocencia”, hace a una espiritualidad hedonista que se gratifica por el placer siempre inmediato del consumo sobre el sacrificio de las obligaciones de una “deuda” contraída a pagar en el futuro –una hipoteca del futuro– que en su representación como “crédito” hay que pagar para poder renovarlo en el futuro y tener así acceso a nuevos consumos, con su promesa de fuentes renovadas del placer, implica un agravamiento del capitalismo como religión, porque si la

“culpa” podría mover resortes de la responsabilidad del sujeto frente al Moloch del Capital, los que de hecho se reducen a ser de responsabilidad hacia sus necesidades –las del Capital– y no las de los deudores culpables, éstos se transforman en resortes de llana irresponsabilidad frente a este Moloch, cuyo centro de gravedad se ha desplazado a la dimensión del capital financiero.

Sin “culpa” por la “deuda”, sino con “inocencia” por el renovado “crédito” que me permite hipotecar mi futuro para renovar la promesa del consumo y del placer que el mismo implica, como *pathos*, *ethos* y *logos* cada vez más extendido y profundizado en la espiritualidad del capitalismo como religión globalizada del presente, nos dirigimos como humanidad hacia el mismo horizonte de redención que nos hacía vislumbrar Benjamín, aunque esta redención final se anticipa en las experiencias placenteras de consumo que nos impulsan con fuerza renovada –sin “culpa” por la “deuda”, desde una “inocencia” liberadora de la misma por la gratificación del “crédito” y sus promesas de consumo y placer– y esas anticipaciones profundizan y viabilizan por la gratificación reiterada, la invisibilización de las implicaciones autodestructivas que para la humanidad como conjunto son inherentes al capitalismo como religión.

Señalan analistas del texto de Benjamín, “el carácter totalitario del Capitalismo” como religión implica que “en él no hay esperanza de redención, siempre hay una culpa y una deuda”, “siempre hay que abarcar más, aspirar a más, producir más y ganar más” por lo que supone “una fe desesperada y suicida, una fe ciega en la propia marcha del Capital y del reino del consumo”, por lo que, “si no lo derribamos como el ídolo que es seremos todas sacrificadas en el Moloch final” (LA LLAMA, 2014, p. 6-7).

Del capitalismo focalizado en la producción de los años veinte del siglo pasado, hemos pasado al capitalismo focalizado en el consumo, y de la fase industrial y mercantil, hemos transitado a la fase financiera. Por cierto, antes había consumo y capital financiero y hoy sigue habiendo producción y capital industrial y mercantil. Pero, como se indica el cambio en las referencias centrales del capitalismo, ha implicado cambios revolucionarios en la sociedad capitalista, hoy globalizada.

La advertencia de Benjamín que sus analistas destacan, sigue siendo cierta. No obstante, según queremos proponer, el carácter totalitario del capitalismo como religión hoy en su fase financiera y consumista, sobredeterminado por la Teología Neoliberal consiste en que *en él hay esperanza de redención, pues siempre hay un crédito y una posibilidad de nuevo consumo sin ninguna culpa; siempre se puede consumir más aunque no se produzca más y se gane más, para eso está el crédito*. En esta transformación de la espiritualidad del capitalismo como religión, la fe deja de ser desesperanzada, para ser una *fe esperanzada*. Esta transformación la hace más “suicida” y “ciega en la marcha del Capital y del reino del consumo”.

Por lo tanto “la expansión de la desesperación a estado religioso mundial del cual ha de esperarse la redención” que “se *espera*” sobre el que escribía Benjamín hacia 1921 tal vez a través de la inclusión financiera creciente de las mayorías y su conversión en ciudadanos en el registro de la “ciudadanía *creditcard*” si lo pensamos en la dimensión política o creyentes en el *evangelio del consumo*

ilimitado si lo hacemos en términos religiosos, tal vez se proyecta y procura imponerse como *expansión de la esperanza a estado religioso mundial del cual ha de esperarse la redención*, que igualmente se *espera*.

El que el capitalismo como religión vea transformarse su espiritualidad de “culpa”, “deuda” y “desesperanza” en una espiritualidad de *inocencia, crédito y esperanza* que procura profundizarse y extenderse como fundamento del redimensionamiento de la lógica del Capital consistente en el sobredimensionamiento de su dimensión financiera, tiene sus bases en la transformación de las subjetividades en la figura de la “ciudadanía *creditcard*” –en clave política–, o del *creyente en el evangelio del consumo* –en clave religiosa– y tiene su complemento sobredeterminante con finalidad de legitimación en la Teología del capitalismo como religión, que no era visualizada por Benjamín hacia 1921, pero que se ha desplegado hasta consolidar una suerte de sentido común hegemónico: la Teología Neoliberal con Adam Smith con su mito de la mano invisible como su clásico, que Hinkelammert ha venido desmontando críticamente desde los primeros pasos de su proceso de construcción.

Antes de pasar a esa reflexión, y dejando de lado referencias de Benjamín a Nietzsche a Freud y a Marx –los filósofos de la sospecha– que han motivado y pueden seguir motivando importantes análisis y reflexiones que nos llevarían por otros rumbos que aquí no podríamos transitar, consignemos las últimas afirmaciones de Benjamín en el documento que consideramos:

El capitalismo es una religión que consiste en el mero culto, sin dogma. El capitalismo se ha desarrollado en Occidente –como se puede demostrar no sólo en el calvinismo, sino también en el resto de las orientaciones cristianas y ortodoxas– parasitariamente respecto del cristianismo, de tal forma que, al final, su historia es en lo esencial la de su parásito, el capitalismo. Comparación entre las imágenes de los santos de las distintas religiones, por un lado, y los billetes de los distintos Estados, por el otro. El espíritu que se expresa en la ornamentación de los billetes (HINKELAMMERT, 2007, p. 168-169).

5 EL CAPITALISMO COMO RELIGIÓN CON DOGMA Y CON TEOLOGÍA

Partiendo de la plausibilidad de la tesis de Benjamín respecto del capitalismo como religión de mero culto, sin dogma y sin teología, procuraremos desarrollar ahora algunos ejes de una tesis que continúa a la anterior, reformulándola en el nuevo contexto del capitalismo en el marco de sus transformaciones a partir de los años setenta del siglo pasado, que asume el capitalismo como religión, pero en la que el “mero culto” en que según Benjamín parecía consistir implica, aunque entonces no visibilizados por Benjamín, una teología y un dogma. A riesgo de equivocarme, creo que es una tesis que ha venido desarrollando Hinkelammert.

El mismo Hinkelammert ha escrito: “Benjamín, sin embargo, se equivoca cuando sostiene que el capitalismo como religión no tiene ninguna teología. El núcleo del capitalismo como religión es una teología, que es la teología profana de la

mano invisible” (HINKELAMMERT, 2016). Por debajo de su apariencia como “religión de mero culto”, el capitalismo –no obstante la hipotéticamente equivocada percepción de Benjamín, tendría como núcleo teológico el dogma de la mano invisible elaborado por Adam Smith, que ha sido el “clásico” del neoliberalismo.

Tal vez la visibilidad de esa teología y su dogma se hace posible cuando Adam Smith es elevado a la condición de clásico y su tesis es dogmáticamente transformada en ortodoxia en el neoliberalismo. El sentido de la emergencia y presencia de ese dogma y esa teología puede leerse como un esfuerzo en el sentido del fortalecimiento del capitalismo como religión y por lo tanto al mismo tiempo un síntoma de debilidad de la fe en la que inicialmente tal se sustenta, al punto que debe recurrir a los elementos del dogma y la teología, para sostener y fortalecer/debilitar la fe en que esta religión consiste, que lejos de ser elementos *ad hoc*, configuran el núcleo duro, aunque tal vez hasta Hinkelammert invisibilizado, del capitalismo como religión.

El recurso del capitalismo como religión a través del neoliberalismo a una teología y un dogma que estaban implícitos no obstante su eventual invisibilidad –aún para sus críticos como Benjamín–, revelan una espiritualidad tal vez más débil en términos de su autenticidad, así como más agresiva en la fundamentación, legitimación y despliegue, que operen en el sentido de la pretensión de fortalecimiento y consolidación de esa espiritualidad.

La crítica de este dogma y de esta teología hoy, es condición para la crítica del capitalismo como religión, y por lo tanto de superación del capitalismo como sistema que sobre los fundamentos de la “culpa” y/o la “inocencia”, la “deuda” y/o el “crédito”, la “desesperanza” y/o la “esperanza” de una redención secular dentro de sus límites, conduce a la humanidad a su suicidio. Esa crítica –como crítica constructiva y no como crítica nihilista, es la que entendemos que Hinkelammert ha llevado a cabo con consistencia y sin concesiones, y de ella queremos aquí considerar aquellos aportes que entendemos más significativos en sí mismos en lo que hace a la crítica al capitalismo, y especialmente a la democracia en su conflictiva y nunca acabada construcción.

En su *Crítica a la razón utópica* de 1984, Franz Hinkelammert dedica un capítulo a la crítica al neoliberalismo: “El marco categorial del pensamiento neoliberal actual” (HINKELAMMERT, 1990a, p. 55-93). Dicho capítulo se cierra en el tratamiento del punto “La teología neoliberal: Dios y el Diablo” (HINKELAMMERT, 1990a, p. 91-93).

Cierra el tratamiento del punto precedente “La aproximación al equilibrio: el anarco-capitalismo” (HINKELAMMERT, 1990a, p. 86-91) con las siguientes consideraciones que lo resumen:

[...] el pensamiento neoliberal elabora su marco teórico-categorial a partir de la realidad empírica del mercado amenazado, ubicándolo teóricamente entre dos polos trascendentales, expresados en términos de conceptos límites. Se trata del concepto límite positivo de la competencia perfecta y del concepto límite del caos, al cual el hombre se encamina por el socialismo (HINKELAMMERT, 1990a, p. 90).

Considera el modo cómo desde ese marco teórico – categorial, el pensamiento neoliberal elabora un marco ético: “Esto se hace transformando el mercado organizado en un objeto de piedad, en función del cual el hombre ahora toma posición en términos polarizados de humildad y orgullo” (HINKELAMMERT, 1990a, p. 90-91). Explica en esa ética, la humildad como “virtud cardinal” de quienes se someten a los imperativos del mercado que pasan por “el reconocimiento de la libertad de contratos y de la propiedad privada” como “condiciones generales del equilibrio” (HINKELAMMERT, 1990a, p. 91), que se enfrenta al orgullo –algo así como la *hybris* de la antigüedad griega– que es entonces un “vicio cardinal” de quienes “buscan la justicia social desafiando el mercado”, búsqueda que, según argumentara Hayek, “presupone un conocimiento perfecto, que ningún hombre puede tener y cuya pretensión precisamente constituye este orgullo” (HINKELAMMERT, 1990a, p. 91).

En la conclusión que da cuenta del sentido de la ética del pensamiento neoliberal, se prefiguran la lógica y los elementos por los que la transfiguración ética de su marco teórico-categorial, deriva en una teología. Agregamos nosotros – en el marco de la reflexión crítica de Hinkelammert–, una teología que no se hace presente como un producto derivado de aquella transfiguración, sino que es el núcleo duro del marco teórico categorial, que invisibilizado detrás del mismo y sus pretensiones de objetividad y racionalidad, Hinkelammert hace visible:

Resulta así un mundo absolutamente bien ordenado, en el cual las clases dominantes representan el polo de la humildad y por lo tanto de la virtud, y las clases explotadas y dominadas el polo del vicio y el orgullo. Los grandes son humildes y los pequeños orgullosos, y los grandes son grandes por su humildad y los pequeños son pequeños en su orgullo.

Tomando como base el pensamiento neoliberal, la raíz de todos los males es el amor a la justicia social, por ser implícitamente la pretensión del conocimiento total. Por otro lado, la raíz de todos los bienes es el amor al dinero, al mercado y al capital (HINKELAMMERT, 1990a, p. 91).

Desde este discernimiento que anuncia una teología que impone el dogma del amor al dinero, al mercado y al capital en tanto raíz de todos los bienes y lanza también dogmáticamente el anatema sobre el amor a la justicia social al que identifica como raíz de todos los males, Hinkelammert aborda la exposición de los ejes de la teología neoliberal. Escribe:

Analizando este marco teórico-categorial y su transfiguración ética, nos resulta fácil derivar un pensamiento neoliberal propiamente teológico. Efectivamente, el pensamiento neoclásico engloba su marco teórico-categorial en términos teológicos, aunque estén poco desarrollados. Sin embargo, pasando a términos teológicos, identifican por supuesto el límite positivo con Dios y el negativo con el diablo” (HINKELAMMERT, 1990a, p. 91).

Analizando afirmaciones de Hayek en *La pretensión del conocimiento* en las que expresa que el precio matemático –que es un referente clave de la tesis del

equilibrio del mercado–, “depende de tantas causas particulares que sólo Dios puede conocerlo”, dice Hinkelammert: “Solamente Dios puede conocer estos precios – siendo omnisciente– pero el hombre jamás. Este Dios no es más que una hipóstasis del mercado, y a la vez el Dios de la burguesía [...] un Dios de este tipo es un Dios que santifica el *nomos* de la sociedad burguesa” (HINKELAMMERT, 1990a, p. 92).

En la perspectiva de Hayek como teólogo neoliberal del capitalismo – interpreta Hinkelammert–,

El diablo seduce al hombre a la “pretensión del conocimiento”, título de la conferencia de Hayek al recibir el Premio Nobel. El título es una simple alusión al pecado del Paraíso, que es precisamente el pecado del orgullo, del levantamiento del hombre en contra de Dios; [...] el que pretende el conocimiento total, quiere ser como Dios. Pero para asegurar la justicia social desafiando al mercado, hay que saberlo todo. La reivindicación de la justicia social, por tanto, es la pretensión de ser como Dios (HINKELAMMERT, 1990a, p. 92).

A continuación y concluyendo, Hinkelammert profundiza las claves del dogma de la teología neoliberal expresada por Hayek, a las que asocia las claves de la misma teología en lo que a la *democracia* se refiere en cuanto mediación institucional para legitimar, reproducir, profundizar y consolidar el orden articulado en torno al Dios omnisciente del mercado, deslegitimando toda pretensión de justicia social que sería antidemocrática en cuanto implicaría sacrificar el orden asegurado por la omnisciencia del Dios-mercado por el caos resultante de la *hybris* de quienes a pretender la realización de la justicia social, pretenden ser como Dios.

Para ello invoca al ángel Miguel y la inversión del sentido de su mensaje por la teología neoliberal para fundamentar su dogma:

En contra de él Dios recurre al ángel Miguel, que grita: ¿Quién es como Dios? Y quien pretendía ser como Dios era Lucifer. Lucifer incita al hombre a querer ser como Dios, a comer del árbol del conocimiento para conocerlo todo. Y Lucifer seduce al hombre, presentándole la utopía de la justicia social a través de la cual el hombre reivindica aquél conocimiento que solamente Dios tiene. Este se deja seducir y, ayudado por Lucifer, construye ahora el infierno en la tierra, exactamente porque quiere el cielo en la tierra –como nos comunica Popper– que además nos ofrece su democracia como “la llave para el control de los demonios” (es decir, como exorcismo). El grito del ángel Miguel se transforma así: Ninguna libertad para los enemigos de la libertad. Tal como está elaborado, este esquema teológico es absolutamente maniqueo. Transforma la reivindicación de la vida humana frente al mercado en pecado de Lucifer y da a la defensa del mercado la más absoluta legitimación.

Desata la agresividad humana sin límites en contra de los dominados y divide la sociedad en los términos más absolutos en una sociedad de lucha de clases a partir de la clase dominante.

Dios, los hombres humildes y el mercado, se enfrentan a Lucifer, a los hombres orgullosos y al reclamo de la justicia social en

una verdadera batalla del Mesías que el neoliberalismo protagoniza (HINKELAMMERT, 1990a, p. 92-93).

En lo que a la democracia se refiere, el dogma de la teología neoliberal formulado por Popper implica que demócratas o amigos de la democracia son aquellos que objetivan y subjetivamente se someten de grado a la justicia del mercado, la que entendiéndola legítima la institucionalizan en términos de legalidad, de una legalidad a la que se someten como leyes de la libertad y la democracia.

Mientras que quienes al reclamar la justicia social a la que entienden legítima se oponen a la justicia del mercado a la que consideran ilegítima, para el dogma teológico neoliberal se constituyen en enemigos de la democracia al serlo de la justicia del mercado que la misma ampara y se orienta a reproducir. Y para los enemigos ya no parece poder tener lugar la lógica política de la relación entre adversarios en la que el otro no debe ser eliminado, sino la lógica de la guerra que implica la aniquilación del enemigo. Es así que la teología neoliberal impone a través de Popper una actualización del lema de Saint Just: “ninguna libertad para los enemigos de la libertad”.

Si la libertad es el derecho que el liberalismo ha promovido como fundamental, tal vez para amparar al derecho de propiedad –que es el efectivamente fundante– y legitimarlo, “ninguna libertad para los enemigos de la libertad” significa “ningún derecho para los enemigos de la propiedad”, aunque se trate de quienes solamente se han expresado contra la propiedad privada sin haber atentado nunca de hecho contra ella ni contra la vida de nadie, desde que el liberalismo identifica a la vida del individuo como su propiedad. Es el caso de los “criminales ideológicos” (HINKELAMMERT, 1994b, p. 141-142).

6 DIOS NO HA MUERTO: EL SER HUMANO COMO “SER SUPREMO PARA EL SER HUMANO” Y LA SUPERACIÓN CRÍTICA DE LA IDOLATRÍA DEL MERCADO

En el apartado anterior presentamos los ejes fundamentales de la tesis de Hinkelammert sobre la teología neoliberal y sus dogmas respecto del capitalismo como religión y respecto de la democracia como institucionalidad funcional –como “exorcismo”– a esa religión con teología y con dogma.

En el que ahora iniciamos, procuraremos presentar reflexivamente algunos de los ejes de la espiritualidad alternativa al capitalismo como religión y a la teología y el dogma neoliberal que lo sobredeterminan, que –como Marx– Hinkelammert remite a la esfera de la praxis; una “praxis humanista” que episódicamente se hace presente atravesando la historia mundial, en la procura de humanización frente a las lógicas y prácticas deshumanizantes implicadas en todos los sistemas de dominación, incluido el capitalismo.

En términos de la conflictiva y nunca acabada constitución de la humanidad, el problema teológicamente relevante que Hinkelammert ha focalizado y en el que ha profundizado a lo largo de su obra, no es el de la existencia de Dios,

el que ha señalado como problema metafísico que no es posible resolver, sino el de cuál es el Dios en el que los seres humanos creen, operando tanto explicativa como normativamente en el comportamiento de los grupos humanos a través de la espiritualidad que sobre esa referencia se define: “El discernimiento de los dioses está en los orígenes de la propia teología de la liberación. Una teología que nunca discutió la alternativa ateísmo/teísmo como un problema, sino siempre idolatría/fe” (HINKELAMMERT, 2007, p. 25).

Desde esa lectura, en contraposición a lo que Nietzsche sentenció en algún momento, Dios no ha muerto, sino que no ha dejado de estar presente en la historia humana aunque a través de diversas transformaciones, cuya importancia radica en el hecho de que no se trataría del mismo Dios aunque con otra forma, sino de un Dios distinto también de un modo sustantivo, portador de una espiritualidad alternativa a la dominante en cada una de sus emergencias.

En particular y, como ya lo hemos señalado, dentro del espacio crítico abierto por Marx –pero en el contexto de los siglos XX y XXI– asume de este –en diálogo también con Benjamín, según hemos visto–, la crítica al capitalismo como religión, sobredeterminado hoy por los dogmas del neoliberalismo como su teología y en ese marco, al dinero, el mercado y el capital como falsos dioses o ídolos y a la fe en el Dios que éstos pretendidamente simbolizan, como idolatría.

Pero, como veremos, frente a esa falsa religión que implica una idolatría en relación a un falso Dios –el dinero, el mercado, el capital–, no postula un Dios verdadero, sino que desde la humanidad afectada por aquél falso Dios y las prácticas institucionalizadas en el marco de la espiritualidad que en el mismo encuentra su referencia; enseña que “La crítica a la religión desemboca en la doctrina de que el ser humano sea el ser supremo para el ser humano y, por consiguiente, en el imperativo categórico de echar por tierra todas las relaciones en que el ser humano sea un ser humillado, sojuzgado, abandonado y miserable”, tal como escribe Marx en su *Introducción a la Crítica de la Filosofía del derecho de Hegel*, tesis sobre la que Hinkelammert ha reflexionado con todas sus implicaciones (HINKELAMMERT, 2016).²

Este imperativo categórico de la acción derivado de la doctrina del ser humano como ser supremo para el ser humano que Marx deriva de la crítica de la religión, está en consonancia con palabras del prólogo a su tesis doctoral sobre Prometeo, en las que señala que la filosofía hace “su propia sentencia en contra de todos los dioses del cielo y de la tierra, que no reconocen la autoconsciencia humana (el ser humano consciente de sí mismo) como la divinidad suprema” (HINKELAMMERT, 2007, 18; 2016).

Interpreta Hinkelammert este señalamiento de Marx que la autoconsciencia es la conciencia que el ser humano tiene de sí mismo a partir del proceso de su vida

² La traducción que del texto de Marx aparece en el libro de Erich Fromm, *Marx y su concepto del hombre*; FCE, 1964, p. 31-32, que Hinkelammert cita frecuentemente (p.e. HINKELAMMERT, 2007, p. 22) dice “La crítica de la religión desemboca en la doctrina de que el hombre es la esencia suprema para el hombre...” En el texto inédito de 2016, Hinkelammert propone su propia traducción en la que la doctrina de que el hombre mismo sea Dios como resultado de la crítica a la religión, se hacen más explícita.

real y que “ahora llega a ser el criterio con ayuda del cual se puede discernir los dioses: formula el juicio en contra de todos los dioses del cielo y de la tierra, que no reconocen que el ser humano es el ser supremo para el ser humano” (HINKELAMMERT, 2016).

Destaca Hinkelammert que mientras Feuerbach solamente reconoce dioses en el cielo cuya existencia niega, Marx además de coincidir en esa negación, señala que es a los dioses de la tierra, de los que tenemos experiencia y que nos influyen, a los que hay que enfrentar (HINKELAMMERT, 2016).

Recuerda que Juan Luis Segundo ha afirmado explícitamente que un Dios que no sea un falso Dios, y por lo tanto, un ídolo o un fetiche, solamente puede ser un Dios para el cual el ser humano sea el ser supremo para el ser humano. Por lo tanto el ser supremo no puede ser Dios, desde que debe serlo el ser humano. Y si ni siquiera Dios puede ser el ser supremo para el ser humano, tampoco “el mercado, ni el capital ni el Estado y ninguna otra institución o ley –tampoco la democracia, agregamos nosotros ahora– es el ser supremo para el ser humano. El ser humano mismo es este ser supremo” (HINKELAMMERT, 2016).

Esta idea central de la perspectiva crítica de Hinkelammert, la del ser humano en cuanto ser humano como sujeto y criterio de discernimiento para las instituciones y para la ley que deben estar al servicio de la afirmación de aquél y nunca el ser humano al servicio de estas instituciones o de la ley, recorre el conjunto de su obra, alcanzando tal vez en el título *El sujeto y la ley* (HINKELAMMERT, 2003), una de sus presentaciones más explícitas.

Como ya lo hemos argumentado, se trata de una perspectiva antropocéntrica liberada de los límites del antropocentrismo moderno-occidental (ACOSTA, 1997, p. 1-5) y por ello renovadamente humanista, que Hinkelammert viene desarrollando desde mucho tiempo atrás y que hoy vuelve a explicitar con las siguientes palabras:

En vez de la sacralización del mercado, por lo tanto de una institución y, por tanto, de una ley, aparece la sacralización del ser humano como el sujeto de toda ley o institución. La sacralización del ser humano resulta ser la sacralización de su dignidad y hoy la hacen los indignados de todo el mundo. Tiene que desembocar en una intervención sistemática y duradera en el mercado, las instituciones y las leyes en pos de esa dignidad humana (HINKELAMMERT, 2016).

Queda implicada allí nuestra reflexión sobre la construcción de la democracia: de ninguna manera seres humanos al servicio de una democracia sacralizada como divinidad o como institucionalidad al servicio del Dios mercado; sino democracia al servicio del ser humano como ser supremo y por lo tanto sobre la referencia de su dignidad: de ninguna manera el ser humano al servicio de la democracia, sino siempre y en todo sentido, la democracia al servicio del ser humano.

Se trata de una afirmación humanista antropocéntrica liberada de los límites del antropocentrismo moderno-occidental y hoy agregamos, liberada también de las

implicaciones ultra-destructivas del mercado en su fase de capitalismo globalizado bajo impronta neoliberal, porque:

Tiene que desembocar en una intervención sistemática y duradera en el mercado, las instituciones –específicamente las democráticas, agregamos ahora según el foco de nuestro interés actual– y en el mundo de las leyes en pos de esta dignidad humana.

La política por tanto tiene que ser una política de humanización, no de comercialización. Eso incluye la humanización de la naturaleza que presupone el reconocimiento de la naturaleza como sujeto. En el lenguaje andino se trata de la consideración de la naturaleza como “Pachamama” (HINKELAMMERT, 2016).

La superación de los límites del antropocentrismo moderno-occidental pasa por la recuperación de la naturaleza –reducida a la condición de objeto por dicho antropocentrismo– a la condición de sujeto que le reconoce en su larga tradición el pensamiento andino, y no solamente como sujeto, sino como un sujeto de especial dignidad –la naturaleza como “Pachamama”– que no implica afirmarla como ser supremo más allá y con prescindencia del ser humano, sino hacerlo en su relación con el ser humano, su hijo, así como este se afirma en relación con ella y no más allá o en contra de ella.

Estamos así en otro paradigma, no ya moderno-occidental, sino *trans-moderno* y *trans-occidental*. La argumentación de Hinkelammert que trasciende críticamente a la modernidad y a la occidentalidad, se encuentra pues sinérgicamente con la racionalidad de los pueblos originarios del mundo andino, que la episteme moderno-occidental ha (des) calificado como premoderna –y por lo tanto destinada a ser superada por la modernidad en cuanto figura vigente de la occidentalidad– y que hoy, haciendo nuestra y ampliando una conceptualización introducida por Dussel (DUSSEL, 1992), proponemos calificar como trans-moderna y trans-occidental.

De esta “teología profana” que Marx desarrolla ya en el siglo XIX y que Hinkelammert sigue desarrollando y profundizando en los siglos XX y XXI, puedo sentirme parte porque “No es una teología para teólogos y tampoco para visitantes de las iglesias. Como teología profana se trata de una teología para la gente en su cotidianidad y como tal, una teología para todos, inclusive para los teólogos y visitantes de las iglesias” (HINKELAMMERT, 2016).

Frente al mercado como ser supremo para el ser humano de la teología neoliberal –Hayek y Popper–, el ser humano como ser supremo para el ser humano de la teología profana de Marx y Hinkelammert. En vez de una democracia “conforme al mercado” como propuso la canciller alemana Merkel (HINKELAMMERT, 2016) y como de hecho ya lo viene siendo de manera cada vez más profundizada y extendida en las democracias posdictatoriales del cono sur a las que por ello hemos denominado “democracias de seguridad mercantil” (ACOSTA, 2005, p. 254) y tiende a serlo globalmente la “Democracia Mundial de Seguridad Mercantil”, debe tratarse de una democracia conforme a la dignidad humana de quienes –naturaleza incluida– deben organizar, desarrollar y resolver –políticamente, pero también económica, social y culturalmente, en definitiva, humanamente– su existencia.

Como ya habíamos adelantado, la teología profana de Marx y Hinkelammert, frente al Dios falso –el ídolo o fetiche– del mercado, elevado a la condición de ser supremo por la teología neoliberal, no opone un “Dios verdadero”. La teología profana que ellos elaboran teóricamente surge de las experiencias de la “praxis humana, una praxis de humanización y emancipación” que la idolatría en torno al falso dios del mercado que el dogma teológico neoliberal impone y con el que logra colonizar las subjetividades sobre determinado su dominación a través de su hegemonía, determinando su emergencia contestataria como efecto no intencional.

Esta teología profana que pone al ser humano como ser supremo para el ser humano, desde la que se desmonta críticamente aquella otra teología profana desarrollada por el neoliberalismo que pone al mercado como ser supremo para el ser humano, en cuanto expresión de la praxis humanista de un humanismo de la praxis, implica como ya vimos “el imperativo categórico de echar por tierra todas las relaciones en que el ser humano sea un ser humillado, sojuzgado, abandonado y despreciable”, lo cual significa hoy echar por tierra las relaciones mercantiles totalizadas, lo cual supone “una intervención sistemática y duradera en el mercado, las instituciones y las leyes en pos de esa dignidad humana”.

En términos de racionalidad, implica someter la racionalidad mercantil a las condiciones de posibilidad de la racionalidad de la vida, sobre la referencia de la vida humana –y de la de la naturaleza– en su dignidad. En términos teológicos de una teología profana, significa superar la idolatría que pone en el centro al Dios mercado, a través de una “fe antropológica” –como lo afirmara Juan Luis Segundo– para la que el ser humano– y por lo tanto la naturaleza– sea el ser supremo para el ser humano.

En términos de construcción de democracia, supone superar la lógica de las “democracias de seguridad mercantil” que han puesto a las relaciones mercantiles en el centro y someterlas al criterio del ser humano como ser supremo para el ser humano.

Considerando con Hinkelammert que “toda democracia actual parte de la afirmación de los derechos humanos y se constituye como la realización de un régimen de derechos humanos” (HINKELAMMERT, 1990b, p. 133), se impone el discernimiento de los derechos humanos como condición del discernimiento de la democracia al que Hinkelammert ha aportado sustantivamente (HINKELAMMERT, 1990b, p. 133-165), en la perspectiva de una democracia como un orden en el que todos puedan vivir que implique el horizonte de sentido legitimador de la justicia social y en oposición a la democracia como “la llave para el control de los demonios (como exorcismo)” que la teología profana del neoliberalismo preconiza a través de Popper que tiene su sentido legitimador en la justicia del mercado, es decir en una justicia en la que solamente algunos –nunca todos, así como tampoco las mayorías en términos de dignidad– pueden vivir.

7 CONCLUSIONES. LA DEMOCRACIA COMO REALIZACIÓN DE UN RÉGIMEN DE DERECHOS HUMANOS Y EL DISCERNIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO CONDICIÓN DEL DISCERNIMIENTO DE LA DEMOCRACIA

En “Democracia, Estructura Económico-Social y Formación de un sentido común legitimador” (HINKELAMMERT, 1990b, p. 133-165), Hinkelammert realiza un necesario discernimiento de los derechos humanos, que aquí procuraremos resumir.

La distinción fundamental es entre los derechos humanos construidos sobre la referencia de las relaciones de producción vigentes, derechos humanos que se propone identificar como “contractuales” y derechos humanos formulados sobre la referencia de la vida inmediata corporal concreta de los seres humanos, esto es, derechos que reconocen y afirman la dignidad de la vida humana –y de la naturaleza sin la cual aquella vida humana no es posible– con independencia de cuáles sean las relaciones de producción vigentes y más allá de todo contrato.

El sentido común legitimador hegemónico de la democracia se ha venido construyendo desde la emancipación burguesa iniciada en los siglos XVII y XVIII, sobre la referencia de las relaciones de producción vigentes. Es de esta manera que en las declaraciones de derechos humanos de ese proceso, el derecho de propiedad –especialmente como propiedad individual o privada–, adquiere centralidad. Y la lógica del contrato articula e incluye a los que tienen propiedad.

Los que no tienen propiedad, están fuera del contrato y por lo tanto carecen de la protección que la sociedad brinda a este derecho fundamental. De cierta manera, en lo fundamental a que la constitución de la sociedad civil o política responde –según relata Locke–, quienes carecen de propiedad, están fuera de la sociedad. Y quienes están fuera de la sociedad pueden ser potencialmente enemigos de ella y en cuanto amenazantes a la sociedad en la figura de los propietarios que para la defensa de su propiedad la han constituido, pueden ser legítimamente perseguidos en nombre de la sociedad y los derechos humanos.

Esta lógica excluyente lleva como efecto no intencional de la lógica de la emancipación burguesa a emancipaciones contra las formas de sometimiento que la misma ha implicado y sigue implicando para los que por estar fuera del mercado, resultan estar también fuera del Estado, el que en lugar de obrar respecto de ellos como protector, obra como protector de los propietarios de los que los no-propietarios –excluidos del mercado y del Estado– son sus siempre amenazantes y potenciales enemigos.

En este contexto, las emancipaciones desde el horizonte abierto por la emancipación burguesa, pero contra sus límites y su lógica profunda excluyente encubierta bajo su pretensión de universalidad, ponen en escena los derechos de la vida inmediata corporal concreta –derechos sociales, económicos, culturales–, de las grandes mayorías de no propietarios, como efecto del universalismo excluyente de la construcción del orden de convivencia sobre la referencia excluyente de los derechos contractuales.

No es posible la afirmación de la humanidad sin el desarrollo de relaciones de producción y por lo tanto de una estructura económico-social. Pero la afirmación de la humanidad solamente sobre la referencia de los derechos construidos sobre la referencia de esas relaciones de producción, que son hoy las relaciones capitalistas globalizadas vigentes, hace a un orden en el que solamente algunos pueden vivir y todos los demás están legítimamente excluidos en nombre de los derechos humanos –contractuales– y de la democracia que es entonces institucionalmente en su lógica y en su espíritu anti-universalista y excluyente en términos de un orden para el que es legítimo “sacrificar algunas vidas para que otras sean posibles” como ha sentenciado Hayek, en una entrevista publicada en *El Mercurio* de Santiago de Chile, que Hinkelammert ha citado frecuentemente.

Las resistencias desde la vida humana afectada, la “praxis humanista” a que se refiere Hinkelammert, procuran la construcción de la democracia como un orden en el que todos puedan vivir, en los términos de un efectivo universalismo que solamente puede ser incluyente, para lo cual someten a los “derechos contractuales” de la emancipación burguesa, al criterio de los derechos humanos de la vida inmediata corporal concreta, precisamente negados y provocados en su emergencia como efecto no intencional de la lógica anti-universalista de la emancipación burguesa y de una democracia construida sobre la referencia de los “derechos contractuales” que la misma ha procurado imponer como *los* derechos humanos.

Así como el mercado, tampoco la democracia debe ser transformada en ser supremo para el ser humano. La democracia que se construye en la lógica de la emancipación burguesa, se ha visto profundizada desde la contrarrevolución burguesa que desde los años setenta del siglo pasado ha desmantelado al estado de bienestar, ha contribuido a la implosión del socialismo real y opera hoy en el debilitamiento de los gobiernos de izquierda o progresistas en América Latina que según algunas hipótesis estarían cerrando un ciclo que parece encontrar su relevo en emergencias de gobiernos de derecha en América Latina –recientemente la Argentina de Macri y el Brasil de Temer–, sobredeterminados hoy por el triunfo de Trump en Estados Unidos.

Frente a esto, no obstante dificultades de distinto tenor, el fuertemente cuestionado proceso de la revolución bolivariana en Venezuela, el aparentemente muy consolidado proceso de la revolución cultural y democrática en Bolivia y una revolución ciudadana que en Ecuador parece volver a renovarse en el gobierno, son expresiones a nivel país de la “praxis humanista” de movimientos políticos, sociales y comunitarios que con consistente “fe antropológica” orientan la construcción de su democracia en el sentido de la realización de la justicia social sobre la postulación del “ser humano como el ser supremo para el ser humano”, orientación desde la que confrontan fuertemente con las pretensiones de totalización de la justicia del mercado sostenida desde la idolatría del mercado y de la idolatría de la “democracia de seguridad mercantil” como mediación institucional para la consolidación, profundización y extensión de la racionalidad del mercado sobre el costo de la negación de la racionalidad de la vida.

Allí donde las derechas llegan al gobierno y procuran imponer la justicia del mercado, no dejan de manifestarse desde la izquierda movimientos de resistencia en

ejercicio de una “praxis humanista” que reivindica la realización de la justicia social y el respeto de la racionalidad de la vida.

Mientras tanto, en donde las izquierdas se mantienen en el gobierno y como en el caso de la revolución bolivariana en Venezuela, la revolución cultural y democrática en Bolivia y la revolución ciudadana en Ecuador configuran “democracias en revolución y revoluciones en democracia” en las que la justicia social y la racionalidad de la vida procuran imponerse sobre la justicia del mercado y su racionalidad excluyente, no dejan de manifestarse desde las derechas – nacionales y transnacionales– prácticas anti-humanistas que procuran imponer la justicia del mercado y su racionalidad.

En última instancia la tensión vida / muerte, en términos teológicos entre el Dios de la vida que se hace presente en la reivindicación y promoción de los derechos de la vida corporal inmediata concreta como criterio para un sentido de democracia como un orden en el que todos –naturaleza incluida– puedan vivir, y por otro lado el Dios Mercado que es el Dios de un modo de producción que como ha recordado frecuentemente Hinkelammert citando a Marx en *El capital*, solamente sabe producir “socavando al mismo tiempo las fuentes de toda riqueza: la tierra y el hombre”, configurándose objetivamente como un Dios de la muerte; es la tensión que atraviesa el conflictivo y nunca acabado proceso de construcción de un ser –el ser humano– que como ha señalado Hinkelammert tomando distancia de Heidegger, “es un ser para la vida, pero atravesado por la muerte”, tensión que hace que la construcción de esa mediación institucional que es la democracia, siga también siendo como hasta hoy, conflictiva y nunca acabada.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA, Yamandú. Una crítica antropocéntrica al antropocentrismo desde la perspectiva de una nueva radicalidad social. **Revista Pasos** Nº 73, DEI, San José, Costa Rica, 1-5, 1997.

ACOSTA, Yamandú. **Sujeto y democratización en la globalización**. Perspectivas críticas desde América Latina. Montevideo: Nordan Comunidad, 2005.

ACOSTA, Yamandú. **Reflexiones desde “Nuestra América”**. Estudios latinoamericanos de historia de las ideas y filosofía de la práctica. Montevideo: Nordan-MEC, 2012.

BAUTISTA, Juan José. **De la racionalidad moderna hacia la racionalidad de la vida**. Inédito. México, 2011.

DUSSEL, Enrique. **1492 El Encubrimiento del Otro**. El origen del mito de la modernidad. Santafé de Bogotá: Antropos Editora, 1992.

HINKELAMMERT, Franz. **Las armas ideológicas de la muerte**. San José, Costa Rica: DEI, 1981.

HINKELAMMERT, Franz. **Crítica a la razón utópica**. 2. ed. San José, Costa Rica: DEI, 1990a.

HINKELAMMERT, Franz. **Democracia y totalitarismo**. 2. ed. San José, Costa Rica: DEI, 1990b.

HINKELAMMERT, Franz. **El sujeto y la ley**. El retorno del sujeto reprimido. Heredia, Costa Rica: EUNA, 2003.

HINKELAMMERT, Franz. **Hacia una crítica de la razón mítica**. El laberinto de la modernidad. San José, Costa Rica: Editorial Arlekin, 2007.

HINKELAMMERT, Franz. **Totalitarismo del mercado**. El mercado capitalista como ser supremo. San José, Costa Rica: Inédito, 2016.

LA LLAMA. Unas palabras previas a **El capitalismo como religión seguido de Fragmento teológico-político**, de Walter Benjamín. Internet. Madrid, 5-7, 2014.

LECHNER, Norbert. *La conflictiva y nunca acabada construcción del orden deseado*. FLACSO. Santiago de Chile: Ediciones Ainavillo, 1984.

MOULIAN, Tomás. **Chile actual**. Anatomía de un mito. 8. ed. Santiago de Chile: LOM-Arcis, 1997.

Recebido em 24.04.2017

Aceito em 08.05.2017

A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: MULTICULTURALISMO, LIBERALISMO E A VISÃO PRAGMATISTA

THE BASE OF HUMAN RIGHTS: MULTICULTURALISM, LIBERALISM AND THE PRAGMATIC VISION

Adrualdo de Lima Catão¹

Sumário: Considerações iniciais. 1 As teorias do reconhecimento e a crítica ao universalismo. 2 O Multiculturalismo e sua relação com a teoria política do reconhecimento. 3 Liberalismo, democracia e direitos humanos: a defesa dos direitos individuais pelo liberalismo contemporâneo. 4 O pragmatismo e a rejeição do relativismo cultural. Conclusão: aproximação entre pragmatismo e liberalismo (fundamentos para um discurso em defesa da universalidade dos direitos humanos). Referências.

Resumo: A tese aqui apresentada defende que o pragmatismo filosófico está mais próximo das concepções liberais do que do relativismo das teorias comunitaristas. A abordagem pretende mostrar visões teóricas distintas sobre o dualismo universalismo-relativismo. As teorias comunitaristas, que estão preocupadas em negar a visão liberal universalista, serão apresentadas por meio de Axel Honneth, Nancy Fraser e Boaventura de Sousa Santos. O pragmatismo é apresentado aqui como crítico ao multiculturalismo, sem ser confundido com uma forma de essencialismo universalista. O liberalismo contemporâneo é apresentado pela Escola Austríaca de Economia, da teoria da justiça de Robert Nozick e da defesa dos direitos humanos como direitos individuais. Ao final, apresentar-se-á o pragmatismo como uma teoria capaz de servir de fundamento para a defesa de direitos humanos.

Palavras-chave: Pragmatismo. Liberalismo. Direitos humanos. Comunitarismo.

Abstract: The thesis presented here argues that philosophical pragmatism is closer to the liberal conceptions than to the relativism of communitarian theories. The approach intends to show different theoretical visions on the dualism universalism-relativism. The communitarian theories, which are concerned in denying the universalistic liberal view, will be presented through Axel Honneth, Nancy Fraser and Boaventura de Sousa Santos. Pragmatism is presented here as a critique of multiculturalism, without being confused with a form of universalist essentialism. Contemporary liberalism is presented by the Austrian School of Economics, Robert Nozick's theory of justice and the defense of human rights as individual rights. By the end, pragmatism will be presented as a theory capable of being the basis for the defense of human rights.

Keywords: Pragmatism. Liberalism. Human rights. Communitarianism.

¹ Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela UFPE. Professor do Mestrado da UFAL. Professor da Graduação do CESMAC. Advogado. E-mail: adrualdocatao@gmail.com.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este artigo pretende apresentar a tese de que o pragmatismo filosófico está mais próximo das concepções liberais do que do relativismo das teorias comunitaristas. O desafio do trabalho existe, pois o pragmatismo jurídico normalmente é apresentado como uma teoria antiessencialista e crítica ao universalismo, o que a aproxima de uma visão comunitarista, que tem no relativismo cultural um de seus elementos.

Nesse sentido, a abordagem pretende mostrar visões teóricas distintas sobre o dualismo universalismo-relativismo. As teorias comunitaristas, que estão preocupadas em negar a visão liberal universalista, e que servem como um dos fundamentos para o discurso multiculturalista serão apresentadas por meio da teoria do reconhecimento de Axel Honneth e sua versão hegeliana do comunitarismo. Depois, apresenta-se a visão de Nancy Fraser e Boaventura de Sousa Santos sobre o multiculturalismo e a interpretação dos direitos humanos.

O pragmatismo é apresentado aqui como crítico ao multiculturalismo, mas, ao mesmo tempo, tentando não ser confundido com uma forma de essencialismo universalista. É o pragmatismo de Richard Rorty, que se apresenta como uma continuidade da tradição pragmática americana que remonta a Peirce, James e, principalmente, Dewey.

Já o liberalismo contemporâneo é apresentado pela leitura da Escola Austríaca de Economia e a crítica aos modelos de economia centralizada, além da teoria da justiça de Robert Nozick e sua crítica ao estado interventor. Aqui o objetivo é apresentar a defesa dos direitos humanos como direitos individuais.

Ao final, apresentar-se-á o pragmatismo não simplesmente como síntese de posturas contraditórias. O pragmatismo filosófico, apesar de negar o essencialismo e o universalismo, não deixa de ser uma teoria capaz de servir de fundamento para a defesa de direitos humanos. O pragmatismo não se confunde com a visão filosófica do liberalismo clássico ou contemporâneo, apesar de, politicamente, alinhar-se em muitos pontos com ela. Ao concordar, porém, com a fundamentação dos direitos humanos com base numa ideia de universalidade, o pragmatismo recusará o discurso do multiculturalismo, evitando assim o relativismo cultural.

1 AS TEORIAS DO RECONHECIMENTO E A CRÍTICA AO UNIVERSALISMO

Como modelo a ser analisado, pretende-se lidar com a teoria proposta por Axel Honneth, sem deixar de apresentar as ideias de outros teóricos do reconhecimento, buscando reunir as premissas teóricas trazidas pelos autores para sustentar a necessidade e a utilidade de uma teoria do reconhecimento no contexto da sociedade contemporânea.

Iniciarei apresentando a teoria do reconhecimento e suas premissas, além do conceito de multiculturalismo e da preocupação com que as diferenças culturais sejam levadas em consideração pela teoria social, numa crítica à visão universalista da justiça e dos direitos humanos.

As teorias do reconhecimento surgem como alternativa teórica tanto ao liberalismo quanto ao socialismo, na medida em que apresentam a tese de que determinados grupos, com identidades específicas, não podem ser tratados na forma da igualdade formal do liberalismo, nem a eles bastam as providências materiais propostas por uma teoria socialista. Algo como uma transformação do foco da teoria crítica pós-marxista do trabalhador para o cidadão, reconstruindo-se a teoria crítica com base numa teoria do reconhecimento. Para isso, utiliza-se de premissas filosóficas hegelianas para afirmar a existência de uma dialética consubstanciada na luta por reconhecimento, introduzindo a noção de conflito sem, todavia, recair num modelo hobbesiano, no qual a autopreservação adquire papel preponderante.²

De Hegel, Axel Honneth toma a noção de reconhecimento no sentido de que uma filosofia deve levar em consideração os “vínculos éticos, em cujos quadros os sujeitos se movem juntos desde o princípio, em vez de partir dos atos de sujeitos isolados; portanto, deve ser aceito como uma espécie de base natural da socialização humana um estado que desde o início se caracteriza pela existência de formas elementares de convívio intersubjetivo”.³

Aproveita-se o argumento de que a eticidade é o modo de vida natural do ser humano e, nesse sentido, as formas mais evoluídas de eticidade são nada mais que desdobramento de uma dialética de reconhecimento que ocorre desde o início, havendo, entre a relação familiar, as sociedades mais primitivas e o estado moderno uma diferença muito mais de grau do que de gênero.

Deve-se ressaltar que não há, aqui, a intenção de discutir especificamente a premissa tomada de Hegel, pois seria necessária uma análise própria sobre tema de tamanha importância. Notadamente, quanto à utilização, por Honneth, do conceito desta “base natural da socialização humana” ou desses estados que “desde o início” evocam formas de eticidade.

Pode-se destacar, todavia, a consideração de que este “início”, que se caracteriza por formas de eticidade “natural”, é encarado por Honneth como um início material, ou empírico, retomando uma dialética social dita natural. Destaca-se que, na *Fenomenologia do Espírito*, esse aspecto do reconhecimento é, muito mais, um modelo teórico ligado a um fundamento lógico-filosófico, ou até mesmo metafísico, segundo o qual a “consciência-de-si é *em si e para si* quando e por que é em si e para si para uma Outra; quer dizer, só é como algo reconhecido”.⁴

Esse reconhecimento assume, na filosofia do Hegel tardio, um aspecto mais desligado de uma concepção material ou empírica, aparecendo como um modelo

² PEREIRA DA SILVA, Josué. “Cidadania e reconhecimento”. AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Mauricio. (orgs.) **Teoria social e modernidade no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 123-135.

³ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. São Paulo: 34, 2003, p. 43.

⁴ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 142.

teórico-filosófico mais amplo e que se refere ao conjunto da filosofia do espírito ou do idealismo hegeliano.

Daí que, ao resgatar os escritos hegelianos da fase em que estava em Jena, Axel Honneth pretende enfatizar o conceito material de luta, que começa a desaparecer na fase posterior do pensamento hegeliano, quando, já na *Fenomenologia do Espírito*, aparece como uma noção mais abstrata, que adquire um aspecto metafísico, condizente com a proposta filosófica hegeliana.⁵

Em sua reconstrução do argumento hegeliano, Honneth pretende deixar de lado o desenvolvimento metafísico desta ideia como acontece no Hegel maduro, e preservar o estímulo da intuição hegeliana da luta por reconhecimento como fundamento do processo de aprendizado moral de sociedades concretas.⁶

Assim, levando-se em consideração que naturalmente o ser humano participa da eticidade numa luta por reconhecimento, tem-se que se afasta da esfera do reconhecimento da natureza para o reconhecimento intersubjetivo numa luta para obtenção de espaço de reconhecimento pelo outro.

Tal reconhecimento se dá em três formas de relação consigo mesmo, que designam três esferas ou graus de eticidade. As relações primárias se referem ao amor e à amizade, as relações legais se referem aos direitos e, na comunidade de valor, tem-se a solidariedade. Em cada um desses três âmbitos, tem-se uma relação específica do indivíduo consigo mesmo, que se refere à autoconfiança, autorrespeito e autoestima, respectivamente.

Assim, a possibilidade de desenvolvimento de uma identidade por parte dos indivíduos tem a ver com o desenvolvimento dessas três formas de relação consigo mesmo (*self*). Todavia, tais relações só podem ser desenvolvidas com o reconhecimento dos outros, sendo que as condições de autorrealização dos indivíduos dependem de relações de reconhecimento mútuo.⁷

Neste sentido, o sujeito deve ser visto como alguém que, precisamente através da aceitação por parte de outros sujeitos de suas capacidades e qualidades, sente-se reconhecido e conseqüentemente em comunhão com estes, possibilitando sua disposição de também reconhecer o outro em sua originalidade e singularidade.⁸

Essa perspectiva vai de encontro ao pensamento liberal, que pensa o indivíduo como entidade atomista, superando uma moral formalista kantiano-

⁵ HONNETH, Axel. Op. cit. p. 67 e 117.

⁶ SOUZA, Jessé. “A dimensão política do reconhecimento social”. In: AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Mauricio (orgs.) **Teoria social e modernidade no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 159-206.

⁷ PEREIRA DA SILVA, Josué. Op. cit., p. 123-135.

⁸ SOUZA, Jessé. Op. cit., p. 159-206.

hobbesiana, e passando a visualizar o indivíduo num contexto intersubjetivo de interesses voltados ao reconhecimento pelo outro.

Nesse sentido, o conceito de “luta por reconhecimento” só começa a fazer sentido quando ultrapassa a esfera da relação intersubjetiva primária (amor) e alcança o estágio em que experiências concretas de desrespeito são interpretadas como típicas experiências de um grupo relativamente homogêneo, de forma tal que possam influir na ação conjunta e organizada desse grupo na luta pelo reconhecimento e pela cessação das formas de desrespeito, além do sentimento individual de resgate de autoestima perdida.⁹

Tal ruptura também proporciona um pensamento teórico voltado a uma perspectiva dialética não mais simplesmente socialista ou liberal, já que leva em consideração o reconhecimento amplo das necessidades de autoconfiança, autorrespeito e autoestima, dimensões da subjetividade humana que não se resumem a uma proteção de direitos individuais nem a manutenção de um mínimo material.

No caminho desconstrutivista, Nancy Fraser considera que a temática do reconhecimento pode se tornar operacional para o esclarecimento dos conflitos políticos da pós-modernidade, caracterizado pelas múltiplas identidades de grupos específicos pleiteando reconhecimento. É nesse sentido que uma teoria do reconhecimento explicaria melhor a dinâmica dos conflitos sociais do século XX.¹⁰

Demandas por “reconhecimento das diferenças” alimentam a luta de grupos mobilizados sob as bandeiras da nacionalidade, etnicidade, raça, gênero e sexualidade. Nesses conflitos pós-socialistas, identidades grupais substituem interesses de classe como principal incentivo para mobilização política.¹¹

Desloca-se, pois, a ideia de redistribuição econômica como solução de todos os problemas sociais, já que os grupos pleiteiam muito mais que pautas de interesses materiais. Sem negar, todavia, a necessidade de redistribuição, diante da alegada disparidade entre detentores da riqueza e as populações excluídas de bens materiais, Nancy Fraser pretende afirmar que uma teoria social não pode prescindir de redistribuição nem de reconhecimento.

A questão do reconhecimento está ligada ao que a autora chama de complexidades da vida política pós-socialista. “Com a perda de centralidade do conceito de classe, movimentos sociais diversos mobilizam-se ao redor de eixos de diferença inter-relacionados”.¹² Assim, nesse novo contexto de movimentos sociais com interesses múltiplos, que envolvem pautas as mais diversas, só uma teoria do reconhecimento seria cabível.

⁹ HONNETH, Axel. Op. cit., p. 257.

¹⁰ SOUZA, Jessé. “A dimensão política do reconhecimento social”. In: AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Mauricio (orgs.) **Teoria social e modernidade no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 159-206.

¹¹ FRASER, Nancy. “Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista”. In: SOUZA, Jessé (org.) **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: UNB, 2001, p. 245-282.

¹² FRASER, Nancy. Op. cit., p. 245-282.

Todavia, Fraser destaca que tais pautas envolvem o que se chama de injustiça cultural (ligada às pautas de reconhecimento) e injustiça econômica (ligada às pautas de redistribuição), cuja distinção é enfatizada pela autora ao mesmo tempo em que destaca que, na prática, tais pretensões estão interligadas e que, portanto, muitos movimentos sociais pleiteiam bens que se encaixam em ambas as categorias. Segundo Fraser:

Normas culturais enviesadas de forma injusta contra alguns são institucionalizadas no Estado e na economia, enquanto as desvantagens econômicas impedem participação igual na fabricação da cultura em esferas públicas e no cotidiano. O resultado é frequentemente um ciclo vicioso de subordinação cultural e econômica.¹³

A distinção serve, pois, para categorizar os movimentos sociais e de forma a possibilitar a elaboração de uma teoria crítica do reconhecimento que contemple tanto as demandas por reconhecimento quanto as demandas redistributivas. O problema é que, muitas vezes, tais demandas podem apresentar remédios contraditórios, donde em se lutando por um aspecto, reduz-se a importância de se lutar pelo outro aspecto.¹⁴

Assim é que só com uma reestruturação profunda de relações de produção conjugada com uma reestruturação das relações de reconhecimento de forma a desestabilizar as diferenciações entre grupos é que o dilema reconhecimento-redistribuição seria suavizado, possibilitando uma teoria crítica do reconhecimento mais condizente com a complexidade dos pleitos sociais.¹⁵

Neste sentido, a proposta de uma teoria do reconhecimento se encaixa na pretensão de analisar os movimentos sociais contemporâneos sem repetir a previsão de igualdade formal do liberalismo ou a pretensão escatológica de igualdade material do socialismo. Evidentemente, uma leitura dogmática de tais propostas poderia resultar em teorias do reconhecimento que tratam as diferenças como categorias fixas, ou que pretendem apresentar estruturas conceituais escatológicas.

2 O MULTICULTURALISMO E SUA RELAÇÃO COM A TEORIA POLÍTICA DO RECONHECIMENTO

Multiculturalismo é palavra que expressa o entendimento de que há valores específicos dentro das sociedades contemporâneas, de forma tal que a redução de tal pluralidade à consideração de uma teoria política universalista ou meramente formal

¹³ FRASER, Nancy. Op. cit., p. 245-282.

¹⁴ PEREIRA DA SILVA, Josué. “Cidadania e reconhecimento”. In: AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Mauricio (orgs.) **Teoria social e modernidade no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 123-135.

¹⁵ FRASER, Nancy. “Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista”. In: SOUZA, Jessé (org.) **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: UNB, 2001, p. 245-282.

seria incapaz de analisar com correção o cenário social contemporâneo, podendo gerar pensamentos dogmáticos.

Assim é que Multiculturalismo e Teorias do Reconhecimento estão relacionados, sendo que “o multiculturalismo é a expressão da afirmação e da luta pelo reconhecimento dessa pluralidade de valores e diversidade cultural no arcabouço institucional do estado democrático de direito”.¹⁶

Nesse sentido, no contexto específico dos países periféricos, seria evidente a necessidade de reconhecimento de grupos excluídos da economia, da participação política, na mídia, e, enfim, da construção da sociedade para a aquisição dos pleitos de reconhecimento já mencionados de autoconfiança, autorrespeito e autoestima.

Grupos de excluídos formariam os mais variados tipos de identidade, como aquelas relativas à raça, ao gênero, à preferência sexual, ao local de moradia, à classe social, entre outros que, através de organização social, aparecem na mídia ou na política com suas necessidades específicas.

Para Boaventura de Souza Santos, o multiculturalismo é uma visão de mundo não eurocêntrica, que pretende assegurar a visibilidade de culturas marginalizadas ou excluídas da modernidade ocidental. Esse reconhecimento, todavia, não se refere à **inclusão** dessas culturas, mas de uma espécie de “diálogo intercultural com o objetivo de forjar alianças e coligações políticas para a promoção das culturas e grupos subalternos”.¹⁷

É nesse contexto que uma teoria do reconhecimento pretende teorizar a sociedade. Na visão do multiculturalismo, portanto, essa metodologia seria essencial especialmente para análise das demandas sociais em países periféricos como o Brasil.

O multiculturalismo seria especialmente interessante, também, nas discussões sobre o papel do Estado moderno diante de demandas internas de grupos de culturas diferentes da “hegemônica” que vivem sob a égide das mesmas leis. Segundo Boaventura de Sousa Santos, a “expressão *multiculturalismo* designa, originalmente, a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades ‘modernas’”.¹⁸

Segundo Boaventura de Sousa Santos, a consideração do multiculturalismo pretende enfatizar a realização da igualdade pela consideração dos diferentes contextos e grupos sociais. Pretende superar a distinção entre sociedades que “têm” cultura e sociedades que “são” cultura. Tal distinção encerraria uma consideração de

¹⁶ COSTA, Sérgio; WERLE, Denilson Luís. “Reconhecer as diferenças: liberais, comunitaristas e as relações raciais no Brasil”. In: AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Mauricio (orgs.) **Teoria social e modernidade no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 207-238.

¹⁷ SOUSA SANTOS, Boaventura; NUNES ARRISCADO, João. “Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade”. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 29.

¹⁸ Idem, p. 25.

que determinados povos e grupos seriam meros objetos culturais das sociedades estruturadas no modelo europeu, que seriam as sociedades que “têm” cultura.¹⁹

A se encarar a sociedade do ponto de vista das teorias do reconhecimento ou do multiculturalismo, teremos que entender as discordâncias sobre o conteúdo dos direitos humanos como legítimas e, além disso, entender que o conteúdo clássico dos direitos humanos seria nada mais que a imposição de valores de uma cultura sobre outra. Sendo assim, o universalismo seria uma violência contra culturas não hegemônicas.

Diante de tantas diferentes visões sobre os direitos humanos, o correto seria tratar as culturas como iguais e entender as diferenças. A aproximação seria dada pela conversação hermenêutica, capaz de aproximar valores distintos sem o uso da força ou da imposição cultural.

Para Boaventura de Souza Santos o multiculturalismo vê os direitos humanos como uma “constelação de ideias distintas de dignidade humana”. Essas visões distintas deveriam ser tornadas inteligíveis por meio de um diálogo intercultural. A esse diálogo, o autor dá o nome de “hermenêutica diatópica”.²⁰

Ao falar de um exemplo da aplicação da hermenêutica diatópica, Boaventura fala das diferenças entre o *dharma* indiano e a cultura ocidental individualista dos direitos humanos. Alega que a incompletude do *dharma* se refere exatamente à falta de preocupação com princípios de liberdade individual e autonomia, negligenciando os direitos primordiais do indivíduo.

Enquanto isso, a incompletude do modelo baseado na cultura ocidental dos direitos humanos estaria ligada exatamente à falta de conexão entre as parte e o todo, esquecendo-se dos deveres em favor dos direitos, algo que está presente na cultura indiana.

Boaventura utiliza outro exemplo. Tenta conciliar a *Sharia* dos muçulmanos e os direitos humanos. O problema é que a *Sharia* não reconhece os não muçulmanos como cidadãos, violando um pressuposto básico da dignidade humana e criando uma incompatibilidade.

Como conciliar valores tão diversos? A tentativa de conciliação partiria da possibilidade de encontrar, no próprio Corão, princípios que fundamentassem a possibilidade de incluir todos os seres humanos. Sendo assim, a solução para compatibilizar as culturas seria encontrar no próprio ambiente da cultura muçulmana valores que justifiquem a aplicação do princípio da igualdade formal.

Da mesma forma, no caso da Índia, a tentativa é a de encontrar argumentos presentes nas próprias visões de mundo dos hindus. A defesa dos intocáveis estaria baseada, então, na releitura do *dharma* como “*dharma* comum”, ao invés de um “*dharma* especial”.

¹⁹ SOUSA SANTOS, Boaventura; NUNES ARRISCADO, João, 2003, p. 25-68.

²⁰ SOUSA SANTOS, Boaventura; NUNES ARRISCADO, João. “Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade”. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

Ao que parece, a hermenêutica diatópica levaria ao entendimento de que os teóricos indianos e muçulmanos poderiam, eles mesmos, encontrar fundamentos em suas próprias culturas para serem compatibilizadas com os valores ocidentais. Nesse sentido, os valores ocidentais seriam absorvidos pelos princípios presentes nas próprias culturas indiana e muçulmana.

Visto assim, o pensamento de Boaventura parece até ser liberal. Mas não é bem isso. Ele faz questão de enfatizar que a hermenêutica diatópica exige a produção de conhecimento coletivo, pelo que a cultura ocidental também teria que fazer concessões, que estariam relacionadas ao reconhecimento de direitos coletivos e de futuras gerações, como os direitos ecológicos, mais afeitos à visão de mundo indiana, por exemplo.²¹

Evidentemente, o grande problema da consideração do multiculturalismo e das teorias do reconhecimento é a possibilidade de identificação de tais posturas com alguma espécie de **relativismo cultural**, que inviabilizaria qualquer discurso sobre ética, tolerância ou comensurabilidade entre os grupos conflitantes. Para o autor, todavia, o relativismo cultural não é a melhor visão filosófica. Ele destaca que o que deve ser superado é o próprio debate entre universalismo e relativismo. O próprio Boaventura chama a atenção para que o multiculturalismo não sirva como justificativa para a opressão de minorias ou para a segregação e fechamento cultural. “O multiculturalismo pode ser o novo rótulo de uma política reacionária”.²²

Sua proposta, no entanto, se dá nas bases de uma argumentação vaga. Defende que o relativismo deve ser combatido a partir de critérios que distingam uma política progressista de uma política conservadora de direitos humanos.²³

3 LIBERALISMO, DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS: A DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS PELO LIBERALISMO CONTEMPORÂNEO

O caminho da filosofia contemporânea liberal para a fundamentação dos direitos humanos passa pela reafirmação radical dos direitos individuais e da crítica veemente aos chamados direitos sociais e ao coletivismo em todas as suas vertentes, tanto comunitarista quanto igualitária.

A ideia básica que encontramos nos liberais contemporâneos é a de que burocratas governamentais não têm informação suficiente para planejar políticas econômicas ou culturais e a manutenção de decisões centralizadas sempre leva a alguma forma de autoritarismo.

²¹ SOUSA SANTOS, Boaventura. “Por uma concepção multicultural dos direitos humanos”. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 445 e ss.

²² Idem, p. 456.

²³ SOUSA SANTOS, Boaventura. “Por uma concepção multicultural dos direitos humanos”. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 445 e ss.

Tais informações são operadas, numa economia de mercado, por meio das escolhas individuais e do sistema de preços, informações distribuídas entre os bilhões de indivíduos que fazem escolhas sobre o que comprar e vender e sobre o que consumir ou produzir todos os dias.

Assim, por meio de um movimento sistêmico, o mercado distribui os bens escassos produzidos por meio de decisões individuais, evitando que uma elite escolha que bens serão produzidos e a que preço serão vendidos. A tese é a de que quando o governo central planeja, ele escolhe pelos indivíduos e, com isso, toma decisões equivocadas, ineficientes e autoritárias. Segundo Mises:

Ademais, a mente de um só homem, por mais brilhante que seja, é incapaz de compreender a importância de qualquer um dos inúmeros bens de ordem mais alta. Nenhum homem pode jamais dominar todas as possibilidades de produção — que são inúmeras — de modo a estar apto a fazer juízos de valor diretamente evidentes, sem a ajuda de algum sistema de computação. Se distribuíssemos para alguns indivíduos os controles administrativos sobre os bens de toda uma comunidade — cujos homens que trabalham na produção desses bens estão também economicamente interessados neles — teríamos de ter algum tipo de divisão intelectual do trabalho, algo que não seria possível sem algum sistema que calculasse a produção.²⁴

Seguindo essa linha de pensamento, economistas e filósofos do século XX como Mises, Hayek e Nozick abordaram o direito do ponto de vista liberal, mantendo a defesa do estado mínimo como essencial para a manutenção dos direitos individuais e, portanto, condenando toda forma de intervencionismo estatal como sendo nociva aos direitos individuais.

A defesa enfática do capitalismo como sistema econômico decorre, nesses autores, tanto de argumentos morais quanto de consequência. Como afirma Mises, o capitalismo é um sistema econômico que serve às massas e, portanto, os ataques de igualitaristas aos direitos individuais e, essencialmente, à propriedade privada e ao lucro, é prejudicial justamente os mais pobres:

Este é o princípio fundamental do capitalismo tal como existe hoje em todos os países onde há um sistema de produção em massa extremamente desenvolvido: as empresas de grande porte, alvo dos mais fanáticos ataques desfechados pelos pretensos esquerdistas, produzem quase exclusivamente para suprir a carência das massas. As empresas dedicadas à fabricação de artigos de luxo, para uso apenas dos abastados, jamais têm condições de alcançar a magnitude das grandes empresas. E, hoje, os empregados das grandes fábricas são, eles próprios, os maiores consumidores dos produtos que nelas se fabricam. Esta é a diferença básica entre os princípios capitalistas de produção e os princípios feudais de épocas anteriores.²⁵

²⁴ MISES, Ludwig von. **O cálculo econômico sob o socialismo**. Tradução de Leandro Augusto Gomes Roque. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012, p. 27.

²⁵ MISES, Ludwig von. **As seis lições**. Tradução de Maria Luiza Borges. 7. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009, p. 12.

A defesa do capitalismo também se desenvolve com argumentos de conteúdo moral em defesa dos direitos individuais, algo que serve ao propósito da Filosofia do Direito contemporânea na discussão do conteúdo e fundamentação dos direitos humanos fundamentais.

Robert Nozick, seguindo esse caminho, defende um princípio de justiça da distribuição que depende de três regras fundamentais. Quem adquire uma propriedade de acordo com o princípio da justiça da aquisição, tem direito a esta propriedade. Quem adquire uma propriedade de acordo com o princípio de justiça da transferência de alguém que adquiriu a propriedade de forma justa, tem direito à propriedade. Ninguém tem direito a uma propriedade senão pela aplicação repetida dos dois princípios anteriores.²⁶

Inspirado em Locke e nos jusnaturalistas modernos, Nozick formula seu conceito de justiça na distribuição tomando por base a ocupação (na aquisição originária) e a legitimidade da transferência. Havendo justiça na aquisição e nas transferências, qualquer *status quo* a respeito da distribuição de bens deve ser considerado justo. Ele chama de “princípios históricos” em contraposição às teorias da justiça baseadas em princípios de “resultado final”.²⁷

Nesse contexto, uma teoria baseada em resultados finais ou em padrões, tende a substituir a noção clássica de autopropriedade pela noção de propriedade parcial de umas pessoas por outras. Nozick reinterpreta a teoria da aquisição de Locke. Ao defender a aquisição como decorrente da “mistura” entre trabalho e a coisa ocupada, Locke cria uma ressalva, que também está presente em Pufendorf. Devem restar daquilo que foi adquirido “tanto e tão bom em comum para todos”. Nozick defende uma interpretação fraca dessa condição,²⁸ significando simplesmente que cada nova aquisição não pode piorar a condição dos demais. Assim, se um cientista inventa um novo medicamento e se recusa a vendê-lo, não piora a situação dos demais e, portanto, não viola o princípio de aquisição.²⁹

Por isso, qualquer forma de redistribuição que viole os direitos de propriedade significa uma violação aos direitos individuais e seria, portanto, necessariamente injusta. Assim, a teoria de Nozick condena todo estado maior que o estado mínimo como violador do direito à propriedade. “O que cada pessoa ganha, recebe de outros, que o dão em troca de alguma coisa ou como presente. Na

²⁶ NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 172.

²⁷ Idem, p. 174.

²⁸ Locke também defendeu uma limitação dessa cláusula de restrição: “Mas uma vez que o ouro e a prata, sendo de pouca utilidade para a vida do homem em relação ao alimento, ao vestuário e aos meios de transporte, retira seu valor apenas da concordância dos homens, de que o trabalho ainda proporciona em grande parte a medida, é evidente que o consentimento dos homens concordou com uma posse desproporcional e desigual da terra; através de um consentimento tácito e voluntário, eles descobriram e concordaram em uma maneira pela qual um homem pode honestamente possuir mais terra do que ele próprio pode utilizar seu produto, recebendo ouro e prata em troca do excesso, que podem ser guardados sem causar dano a ninguém; estes metais não se deterioram nem perecem nas mãos de seu proprietário”. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Editora Vozes, 2007, p. 48.

²⁹ NOZICK, Robert. Op. cit., p. 200.

sociedade livre, pessoas diferentes podem controlar recursos diferentes e novos títulos de propriedade surgem das trocas e ações voluntárias de pessoas”.³⁰

Quando se fala em “distribuição de renda”, portanto, tais autores ignoram completamente a seguinte observação de Thomas Sowell, segundo a qual, em resumo, a renda só pode advir da produção. Nesse sentido:

A própria frase “distribuição de renda” é tendenciosa, pois ela começa a contar a história do processo econômico quando ele já se encontra em pleno funcionamento, contabilizando somente o montante da renda ou riqueza que já existe. (...) No mundo real, todavia, a situação é bem diferente. Numa economia de mercado, a maior parte das pessoas recebe renda a partir do que produz, fornecendo a outras pessoas bens ou serviços de que necessitam ou desejam, mesmo que esse serviço seja só trabalho. Cada beneficiário desses bens e serviços paga segundo um valor determinado em relação ao que é recebido, escolhendo entre fornecedores alternativos, a fim de encontrar a melhor combinação custo-benefício.³¹

Nesse sentido, Hayek vê o intervencionismo estatal (que leva à defesa dos chamados “direitos sociais”) como sendo um ataque aos direitos individuais, que não se justificaria nem do ponto de vista moral nem do ponto de vista econômico. Por isso, alerta para a confusão semântica e caracteriza o socialismo como uma forma de coletivismo:

Os problemas causados pela ambiguidade na linguagem política comum não desaparecerão, mesmo que passemos a aplicar o termo “coletivismo” para indicar todos os tipos de “economia planificada”, seja qual for a finalidade do planejamento. O significado do termo tornar-se-á mais preciso se deixarmos claro que por ele entendemos a espécie de planejamento necessário à realização de qualquer ideal distributivo. Mas como a ideia de planejamento econômico central seduz em grande parte pela própria indefinição de seu significado, é indispensável estabelecer-lhe o sentido preciso antes de discutirmos suas consequências.³²

Hayek prefere, portanto, a sinceridade de quem argumenta claramente que o problema do sistema capitalista está em sua ética, que é baseada na proteção dos direitos individuais. O coletivismo, portanto, ao ser defendido, deve necessariamente ser acompanhado de um ataque aos direitos individuais. Sendo assim, afirma Hayek:

Nesse particular, são muito mais coerentes os numerosos reformadores que, desde o início do movimento socialista, atacaram a ideia “metafísica” dos direitos individuais, insistindo em que num mundo racionalmente organizado o indivíduo não terá direitos, mas apenas deveres. Esta se tornou, na verdade, a atitude mais comum dos chamados progressistas; e nunca alguém se expõe

³⁰ NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 171.

³¹ SOWELL, Thomas. **Os intelectuais e a sociedade**. São Paulo: Realizações, 2011, p. 177.

³² HAYEK, F.A. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 25.

tanto ao risco de ser tachado de reacionário como quando protesta contra uma medida alegando que ela constitui violação dos direitos individuais.³³

No Brasil, fica claro que os autores de Direito Constitucional, por exemplo, têm clara simpatia pela ideia de um estado interventor e prestador de serviços públicos, reconhecendo ser essa a única forma de realizar o princípio da dignidade humana. Tais autores defendem abertamente uma postura intervencionista estatal com base na linguagem dos direitos sociais, desprezando solenemente qualquer abordagem liberal dos direitos, como deixa claro Ingo Sarlet:

No embate entre o paradigma do Estado Social intervencionista e altamente regulador e a nefasta tentativa de implantar um Estado minimalista à feição dos projetos globalizantes do modelo econômico e da ideologia neoliberal, o correto manejo da proibição do retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais poderá constituir uma importante ferramenta jurídica para a afirmação do Estado necessário, do qual nos fala Juarez Freitas.³⁴

O problema está no fato de que, ao longo dos anos, o que significou a proteção do cidadão contra os abusos do estado, transformou-se na principal justificativa para o alargamento do poder estatal. As cartas de direitos e a constitucionalização moderna provocaram a transformação dos direitos naturais individuais em direito positivo escrito. Porém, com a vitória da ideologia coletivista, o direito constitucional foi incorporando limitações cada vez mais drásticas à liberdade e à propriedade, transformando completamente o Estado de Direito em Estado Social.

Tal crescente poder governamental foi justificado, portanto, não só com as constituições sociais como a de Weimar (1919), mas também pela incorporação, na constituição americana, de uma visão intervencionista por meio da reinterpretação de seu texto pelo Judiciário.

É certo que a mais ambiciosa tentativa de impor limites ao estado foi a Carta dos Direitos e outras partes restritivas da Constituição Americana, na qual foram escritos limites explícitos ao governo os quais deveriam servir como lei fundamental a ser interpretada por um sistema judicial supostamente independente dos outros ramos do governo. Todos os americanos estão cientes do processo ao longo do qual esta construção de limites presentes na Constituição foi sendo alargada de modo inexorável durante o século passado. Mas poucos foram tão perspicazes como o Professor Charles Black em notar que, neste processo, o estado transformou a própria revisão judicial, a qual, de um mecanismo limitador passou a ser cada vez mais um instrumento que provê legitimidade ideológica às ações do governo. Pois se um decreto judicial de "inconstitucionalidade" é um poderoso entrave ao poder do governo, um

³³ Hayek, F.A, 2010, p. 99.

³⁴ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 455.

veredicto implícito ou explícito de "constitucionalidade" é uma arma poderosa para promover a aceitação pública de um crescente poder governamental.³⁵

O discurso pragmático, cético e falibilista, possibilitou a consolidação das inovações legislativas que vieram configurar o direito do trabalho e as demais legislações sociais intervencionistas, modificando, ao longo do tempo, a própria interpretação da décima quarta emenda e de toda a constituição americana. A chamada "era progressista", que veio após o caso Lockner, significou um ataque aos direitos individuais e à propriedade privada, permitindo que a legislação antiliberal substituísse os processos competitivos pelos cartéis estatais.³⁶

O pragmatismo, porém, não pode ser responsabilizado pela ideologia intervencionista, pois tende a ser, na verdade, muito mais próximo do liberalismo, ao menos do ponto de vista metodológico e, principalmente, de defesa intransigente dos direitos e liberdades individuais.

A teoria pragmática da democracia de Richard Posner, nesse sentido, pretende descrever princípios necessários para proteger os indivíduos contra ações governamentais iliberais e ineficientes. Isso ocorre quando fica evidente que políticas de redistribuição exageradas e mal planejadas põem em risco o equilíbrio fiscal do país, podendo prejudicar justamente aqueles a quem querem proteger. Mesmo a ideia de redistribuição não pode deixar de lado o fato de que para redistribuir algo, é preciso antes produzir. E, nesse sentido, uma taxação exagerada, por exemplo, pode vir a desestimular a produção.³⁷

A experiência política de sociedades mais liberais (ainda que sejam sociedades com alguma intervenção econômica estatal) mostra que o liberalismo não só diminui a pobreza como torna possível a existência de uma sociedade mais aberta e plural. Mesmo aqueles que defendem algum grau de intervenção jamais deixam de levar em conta que o liberalismo político e econômico é o único capaz de proporcionar uma sociedade com bem-estar, mas, além disso, o liberalismo garante a liberdade política. Por tudo isso, o pragmatismo pode justificar o liberalismo:

O liberalismo fomenta as trocas de informação de que depende o progresso científico e tecnológico; arregimenta, sem coerção, o apoio dos cidadãos; maximiza a produção eficiente; estimula e recompensa a competência; previne a excessiva centralização das decisões; enfraquece as rivalidades entre famílias ou clãs e reduz os conflitos ideológicos. A justificação do liberalismo é pragmática.³⁸

Há, portanto, além das questões morais e econômicas de eficiência e distribuição, também a questão sobre a centralização do poder, a democracia e os direitos individuais. Na verdade, o ponto fundamental é que a concessão de mais

³⁵ ROTHBARD, Murray N. **A anatomia do estado**. Tradução de Tiago Chabert. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012, p. 26.

³⁶ EPSTEIN, Richard A. *How Progressives rewrote the constitution*. Washington, D. C.: Cato Institute, 2006, p. 52.

³⁷ POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 157.

³⁸ POSNER, Richard. *Para além do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 26.

poderes ao estado, mesmo com o propósito supostamente nobre de promover redistribuição de riqueza ou proteção social à população mais pobre implica necessariamente tolher direitos individuais, seja pela cobrança de mais impostos, seja pela necessidade de restringir a liberdade individual num controle de preços ou de produção artística e cultural.

É nesse sentido que as políticas típicas do intervencionismo já serviram para justificar regimes coletivistas que, como a história bem demonstrou, não se coadunam com a democracia:

As políticas econômicas da Itália de Mussolini e da Alemanha de Hitler assemelhavam-se ao 'socialismo estatal' que Lenin quis instituir na Rússia soviética ao chegar ao poder, sob o qual a empresa privada trabalharia para o governo – uma ideia que Lenin foi forçado a abandonar sob a pressão dos 'comunistas de esquerda'. Esse sistema foi introduzido com sucesso na Itália e na Alemanha porque os negócios incorporados provaram por si nesses países e também em outros lugares (inclusive os Estados Unidos), ser flexíveis, submetendo-se a qualquer tipo de controle e de regulamentação enquanto pudessem recuperar seus lucros.³⁹

Apesar de existência de diversas formas de intervenção estatal nas democracias ocidentais, pode-se dizer que a história recente prova que as alternativas coletivistas ao liberalismo, sejam fascistas ou socialistas, além de serem inviáveis economicamente, são também aberrações políticas. Por isso, é direito de uma comunidade escolher se afastar de soluções coletivistas e abraçar a defesa enfática dos direitos humanos individuais.⁴⁰

4 O PRAGMATISMO E A REJEIÇÃO DO RELATIVISMO CULTURAL

É com Peirce que o pragmatismo ganha seus contornos filosóficos mais delimitados. Com ele se demonstra o consequencialismo pragmatista. São os efeitos de um dado objeto que definem seu conceito. Como os efeitos de um objeto podem ser vários a depender do contexto, o pragmatismo é também um antiessencialismo.

Para Peirce, ao se considerar todos os efeitos possíveis de um determinado objeto, nossa concepção desses efeitos é a concepção completa do objeto. Assim é que, como não é possível afirmar quais são todos os efeitos possíveis que um determinado objeto possui agora ou virá a possuir no futuro, a concepção do objeto está limitada pelos efeitos que se apresentam no momento da investigação, considerada historicamente.⁴¹

³⁹ PIPES, Richard. Propriedade e Liberdade. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 260.

⁴⁰ POSNER, Richard. Para além do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 29.

⁴¹ PEIRCE, Charles Sanders. "How to Make our Ideas Clear". **Selected Writings**. New York: Dover Publications, p. 124. It appears, then, that the rule for attaining the third grade of clearness of apprehension is as follows: consider what effects, which might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have. Then, our conception of these effects is the whole of our conception of the object.

Essências e conceitos só fazem sentido na medida em que tenham efeitos práticos no mundo. Características intrínsecas não existem em si. São apenas características do objeto que se referem aos efeitos práticos, mediatos e imediatos que o objeto vai gerar no ambiente.

O pragmatismo de Peirce apresenta a noção de crença como possibilidade de lidar com os problemas da realidade, mas não como algo representativo dessa realidade. A crença, nesse sentido, não necessariamente se relaciona diretamente à verdade. As crenças são verdadeiras e falsas, mas servem para lidar bem ou mal com os problemas da realidade.

A verdade, então, não poderia ser nada além do que um “estado de crença inatacável pela dúvida”.⁴² Peirce admite que existem coisas das quais o sujeito não duvida, e, portanto, não recai num relativismo. Mas destaca que as crenças podem ser suplantadas por novas crenças, numa admissão explícita do falibilismo: “É certo que aquilo em que o leitor não se pode impedir de acreditar hoje poderá amanhã ser inteiramente desacreditado pelo próprio leitor”.⁴³

Há uma relação entre o pragmatismo e uma visão história e experimentalista ligada ao método científico. Trata-se de submeter as nossas concepções intelectuais ao teste da experiência, considerando-se todas as consequências práticas que podem ser concebidas a respeito da matéria a ser analisada.⁴⁴

A crença é, na verdade, uma forma de criação de um hábito, uma regra de ação. Para Peirce, a crença suplanta a dúvida num primeiro momento, mas inicia outro estágio do conhecimento que se refere à ação. A função da crença é estabelecer um hábito. Neste ponto, diferentes crenças distinguem-se pelos diferentes hábitos que provocam. Daí o pragmatismo ser uma filosofia da ação que, como tal, deve ter uma concepção de verdade referente a essa característica.⁴⁵

Deve-se destacar que as crenças que conseguem melhor lidar com os problemas não necessariamente são verdadeiras. A utilidade não substitui a verdade, mas uma fundamentação da verdade não pode estar completamente desligada das consequências que a crença provoca. **Nesse sentido, as crenças úteis não são necessariamente verdadeiras, mas as crenças verdadeiras são úteis para solução de problemas.** “Em outras palavras, o maior inimigo de qualquer de nossas verdades pode ser o resto de nossas verdades”.⁴⁶

A tradição do pragmatismo americano, notadamente após o advento das teorias pragmáticas da linguagem, invoca um antiessencialismo hermenêutico, pois se preocupa com a visão de que a filosofia não tem o papel de fundar as bases da ciência, ou de impor limites a esta.

⁴² PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000, p. 289.

⁴³ Idem, p. 289.

⁴⁴ REGO, George Browne. “O Pragmatismo de Charles Sanders Peirce: conceitos e distinções”. **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco. Nº 13, 2003, p. 241.

⁴⁵ PEIRCE, Charles Sanders. “How to Make our Ideas Clear”. **Selected Writings**. New York: Dover Publications, p. 121.

⁴⁶ JAMES, William. **Pragmatismo**: e outros ensaios. Rio de Janeiro: Lidador, 1967, p. 59.

O pragmatismo, porém, não pode ser comparado com uma forma de relativismo e, nesse sentido, não se identifica com o multiculturalismo e se aproxima do liberalismo. Isso quer dizer que, apesar de não tratar os direitos humanos como parâmetros definitivos e indiscutíveis de um ponto de vista metafísico, ao mesmo tempo rejeita que culturas distintas tenham necessariamente o mesmo status moral. A incomensurabilidade dos discursos não deveria trancar a conversação histórica.

CONCLUSÃO: APROXIMAÇÃO ENTRE PRAGMATISMO E LIBERALISMO (FUNDAMENTOS PARA UM DISCURSO EM DEFESA DA UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS)

O problema da visão multiculturalista é que as culturas são tomadas em pé de igualdade na hermenêutica diatópica. Sendo assim, diante de culturas que desconsideram o valor dos direitos individuais, o discurso dos direitos humanos deve ser visto simplesmente como o outro lado da moeda, mesmo que esteja debatendo contra violações à integridade física, por exemplo. Desta forma, não há como reconhecer quando o multiculturalismo está a serviço de uma política conservadora ou progressista.

Na verdade, a proposta de Boaventura, por exemplo, é somente uma forma de anticapitalismo. O próprio autor identifica nos direitos humanos uma imposição das nações ocidentais e afirma que “as políticas de direitos humanos estiveram em geral a serviço dos interesses econômicos e geopolíticos dos Estados capitalistas hegemônicos”.⁴⁷

Boaventura afirma que uma das condições para a hermenêutica diatópica é que, diante de duas interpretações possíveis sobre a dignidade humana, escolhe-se aquela que alargaria o círculo de reciprocidade entre as culturas. Assim, o indiano deve preferir o “*dharma* comum” em detrimento do “*dharma* especial”, permitindo a proteção aos intocáveis mesmo sob o paradigma indiano.

E quando isso não for possível? Nesse sentido, o que fazer quando os interesses são inconciliáveis? E quando o discurso contrário aos direitos humanos argumenta não haver possibilidade de “alargar o círculo de reciprocidade”? Diante da incomensurabilidade, o que a hermenêutica diatópica propõe?

Na verdade, nem mesmo haveria legitimidade da hermenêutica diatópica quando as culturas não se considerarem prontas para o diálogo. Enquanto isso, teóricos devem simplesmente negligenciar violações de direitos humanos? Sendo assim, culturas indígenas que praticam infanticídio devem ser encaradas como o simples “outro lado” de uma cultura “europeia” dos direitos humanos?

É isso que a hermenêutica diatópica não responde, chegando a tolerar práticas e valores que desprezam direitos individuais em nome do multiculturalismo. Mesmo que essa tolerância se manifeste numa forma de respeito às culturas que

⁴⁷ JAMES, William, 1967, p. 440.

ainda não estão no “tempo do diálogo intercultural”.⁴⁸ Na verdade, o problema do multiculturalismo é intrínseco. A premissa de que ele parte está centrada na ideia de diferença entre culturas. Essa diferença não poderia ser julgada, já que seria impossível a alguém julgar a cultura alheia com base na sua própria cultura.

Para evitar o relativismo cultural, deve-se reconhecer que os valores e práticas baseados na ideia clássica de tolerância e valorização do indivíduo são sim um produto cultural do ocidente. Essa constatação histórica não significa que devamos abrir mão de defender os direitos humanos como valores moralmente superiores. E a base desses valores é, justamente, a tolerância para com as diferenças e um moralismo individualista. Todos os valores coletivos precisam respeitar o mínimo de proteção individual que, do ponto de vista liberal, seria a propriedade do próprio corpo.⁴⁹

Isso implica, no âmbito local, um Estado que deixe as diferenças de lado e trate todos como iguais e, no âmbito internacional, que o discurso sobre os direitos humanos se fundamente num universalismo político, funcionando como pautas emancipatórias e de proteção básica contra a opressão coletiva.⁵⁰

O pragmatismo e o liberalismo, nesse sentido, pretendem construir uma abordagem da realidade social sem um dos maiores problemas teóricos das teorias do reconhecimento e do multiculturalismo. Trata-se de se livrar da ênfase na diferença e no conceito de luta, evitando-se cair numa espécie de relativismo cultural.

A suspensão da conversa na hermenêutica diatópica quando não há o “tempo do diálogo intercultural” leva ao relativismo cultural. Enquanto não se chega ao tempo, a conversação intergrupala fica sem legitimação, passando por imposição da cultura ocidental. Isto levaria o pleito pelo reconhecimento a um estado de luta, imposição, intolerância e, finalmente, de violência.

O perigo do multiculturalismo é evidente quando se percebe que a falta de identificação entre grupos culturais pode levar, muitas vezes, a resoluções violentas de seus conflitos de interesses e elas estariam legitimadas pela hermenêutica diatópica, pelo menos enquanto não se conseguiu alargar o círculo de reciprocidade.

Uma perspectiva como essa no âmbito do debate sobre os direitos humanos efetivamente justificaria determinados atos vistos como cruéis e atentatórios a uma

⁴⁸ SOUSA SANTOS, Boaventura. “Por uma concepção multicultural dos direitos humanos”. In: SOUSA SANTOS, Boaventura. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 445 e ss.

⁴⁹ Ver NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Lisboa: Edições 70, 2009.

⁵⁰ Mesmo o igualitarismo deve se basear em diferenças individuais para não violar princípios de isonomia. Eventuais compensações sociais servem ao princípio da igualdade (tratar desigualmente os desiguais), mas devem ser efetivadas por meio da identificação de indivíduos e não de coletividades, sob pena de violação à igualdade formal e ao tratamento isonômico. O caso das cotas raciais aponta para a importância do debate entre multiculturalismo e pragmatismo. Numa visão pragmática, não posso penalizar o pobre que tem a pele branca simplesmente porque ele faria parte de um grupo que escravizou os negros. Ora, indivíduos não podem ser responsabilizados por demandas de uma coletividade abstrata. O branco pobre, ademais, pode até ser descendente de um escravo, o que mostra a irracionalidade desse tipo de proposta baseada numa “reparação histórica”.

moral democrática. Na verdade, o multiculturalismo é contra o próprio discurso em defesa dos chamados direitos humanos, valores liberais democráticos que formam a base de sustentação da sociedade ocidental, claramente inseridos no contexto liberal e de defesa da tolerância e da democracia.

Afirmar que o discurso pela defesa dos direitos humanos é viável significa afirmar que é possível a comunicação entre povos que utilizam linguagens diferentes, inserindo-os no debate acerca de como as necessidades dos homens e mulheres podem ser cada vez mais bem adimplidas. Ver, portanto, o discurso pela universalização dos direitos humanos como uma tentativa de persuasão, sempre contextualizada, não a defesa de uma moralidade universal, significa reconhecer os direitos humanos como pauta que alarga a possibilidade de conversação entre culturas.

O pragmatista, portanto, pode defender os direitos humanos e, neste ponto, está ao lado do liberal. Pode, pois, ser contra determinadas descrições, mesmo que feitas em contextos diversos do que ele vive. Pode ser contra a violação do que considera serem direitos humanos.

Segundo Richard Rorty, é possível justificar por que a postura pragmatista pode servir à discussão sobre os direitos humanos numa sociedade democrática complexa. Nesse sentido, uma visão pragmatista deixará de lado questões metafísicas sobre a existência ou não de direitos universais, para que a energia dos homens esteja concentrada em educar e incluir, ou seja, educar para aumentar a identificação entre os seres que podem ser chamados de humanos, renovando a crença na dignidade humana e na proteção contra as arbitrariedades.⁵¹

Não se pode negar que todo o debate de homens e mulheres sobre direitos humanos gira em torno de quais descrições são melhores ou piores. Mas esse debate sempre se dá com base no pressuposto de que as descrições devem suprir as necessidades dos seus semelhantes, daqueles com quem se identificam. Nesse sentido, a constatação de que um alto grau de incomensurabilidade permeia a comunicação sobre direitos humanos demonstra a necessidade de se perquirir a respeito de como os humanos devem lidar com esta dificuldade de comunicação e, portanto, de identificação.

Os conflitos étnicos, o terrorismo e as intervenções humanitárias são a prova de que, muitas vezes, a constatação da diferença traz como consequência o uso da força. Muitas vezes o grau de incomensurabilidade entre os discursos é tão alto, que só a intolerância parece ser a resposta. Todavia, não é isso que uma postura pragmatista propõe, dada sua atenção à tolerância.

É como se, neste tipo de conflito de interesses, a mínima base necessária para a conversação não existisse. Não há sequer a identificação de um e de outro como seres humanos, e a força prevalece. Destarte, um pragmatista não precisa estar alheio a isto ao defender a continuidade da conversação.

⁵¹ RORTY, Richard. **Truth and progress**: philosophical papers. New York: Cambridge University Press, 1999, p. 176.

Manter abertas as pautas para a conversação significa tentar justificar valores que evitem a violência. Se assim o é, o discurso sobre direitos humanos, baseado na proteção ao indivíduo, servirá justamente para propiciar a conversação intergruppal, evitando-se a legitimação do uso da força dentro ou fora do âmbito cultural.

Aqui encontramos a diferença entre o multiculturalismo e a fundamentação dos direitos humanos num viés pragmatista. A diferença aqui é que quando se defende os direitos humanos, defende-se um determinado tipo de descrição que, apesar de necessitar de fundamentos para ser aceita, pode ser encarada como pautas para **educação cultural**.

Trata-se de persuadir uma determinada comunidade de seres, que acham natural agirem de certa maneira (imoral do ponto de vista dos direitos humanos), a agirem respeitando e incluindo seus semelhantes. Isso a hermenêutica diatópica não aceita, pois trata qualquer cultura inicialmente como legítima, propondo não educação, mas troca cultural. Os direitos humanos podem, assim, ser considerados como pautas para educação humana. O tipo de educação que leva pessoas de diferentes tipos a estarem suficientemente identificadas entre si, de forma tal que possam vê-las como semelhantes. “A meta desse tipo de manipulação de sentimentos é expandir a referência às expressões ‘nosso tipo de gente’ ou ‘pessoas como nós’”.⁵²

Essa visão está na base da construção da dignidade humana pelo pensamento ocidental. A proposta do pragmatismo é, portanto, encarar os direitos humanos como descrições a serem analisadas em uma comunidade cada vez mais plural e mais tolerante, de forma a que se lide com a incomensurabilidade com menos força bruta, mas nunca abrindo mão da educação com base nas pautas que defende.

Isso implica a necessidade de agir como inserido numa cultura e valorando os direitos humanos como pautas moralmente superiores, que devem servir para a inclusão daqueles indivíduos que ainda estão desprotegidos e vulneráveis dentro de seus grupos ou culturas.

Tanto o pragmatismo quanto o liberalismo, portanto, evitam descrever conteúdos morais incondicionais. Todavia, não se pode deixar de lado a visão de que, quanto mais os humanos deixam de se identificar com seus semelhantes, apenas porque não conseguem se comunicar imediatamente, mais o mundo estará propenso a resolver seus conflitos de interesses pelo uso da força.

A hermenêutica diatópica abre mão da educação, pois não quer parecer impositiva. Já o pragmatismo liberal investe na visão dos direitos humanos como pautas para educação da humanidade, permitindo a manutenção do discurso político universalista.

Uma postura pragmatista é, nesse sentido, também uma postura liberal, já que o progresso no discurso em defesa dos direitos humanos seria nada mais que a

⁵² RORTY, Richard. **Truth and progress**: philosophical papers. New York: Cambridge University Press, 1999, p. 176.

possibilidade de os seres humanos se autodescreverem, sem empecilhos que propiciem o fim da conversação, nunca abrindo mão da possibilidade da conversa e da necessidade de reconhecer os valores que possibilitam que essa mesma conversação continue indefinidamente.

REFERÊNCIAS

- COSTA, Sérgio; WERLE, Denilson Luís. “Reconhecer as diferenças: liberais, comunitaristas e as relações raciais no Brasil”. In: AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Mauricio (orgs.) **Teoria social e modernidade no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 207-238.
- EPSTEIN, Richard A. **How Progressives rewrote the constitution**. Washington, D. C.: Cato Institute, 2006.
- FRASER, Nancy. “Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista”. In: SOUZA, Jessé (org.) **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: UNB, 2001, p. 245-282.
- HAYEK, F.A. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Petrópolis: Vozes, 2002.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. São Paulo: 34, 2003.
- JAMES, William. **Pragmatismo: e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Lidador, 1967.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Editora Vozes, 2007.
- MISES, Ludwig von. **As seis lições**. Tradução de Maria Luiza Borges. 7. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009.
- MISES, Ludwig von. **O cálculo econômico sob o socialismo**. Tradução de Leandro Augusto Gomes Roque. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises. Brasil, 2012.
- NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Lisboa: Edições 70, 2009.
- PEIRCE, Charles Sanders. “How to Make our Ideas Clear”. **Selected Writings**. New York: Dover Publicatons, 1966.
- PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

PEREIRA DA SILVA, Josué. “Cidadania e reconhecimento”. In: AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Mauricio (orgs.) **Teoria social e modernidade no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 123-135.

PIPES, Richard. **Propriedade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Record, 2010.

POSNER, Richard. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REGO, George Browne. “O Pragmatismo de Charles Sanders Peirce: conceitos e distinções”. **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco. Nº 13, 2003.

RORTY, Richard. **Truth and progress: philosophical papers**. New York: Cambridge University Press, 1999.

ROTHBARD, Murray N. **A anatomia do estado**. Tradução de Tiago Chabert. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012.

SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOUSA SANTOS, Boaventura; “Por uma concepção multicultural dos direitos humanos”. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 445 e ss.

SOUSA SANTOS, Boaventura (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SOUSA SANTOS, Boaventura; NUNES ARRISCADO, João. “Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade”. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SOUZA, Jessé. “A dimensão política do reconhecimento social”. In: AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Mauricio (orgs.) **Teoria social e modernidade no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 159-206.

SOWELL, Thomas. **Os intelectuais e a sociedade**. São Paulo: Realizações, 2011.

Recebido em 02.10.2016

Aceito em 03.05.2017

DER RECHTSPOSITIVISMUS: DIE SUCHE NACH EINEM EMANZIPATORISCHEN PARADIGMA DES SOZIALEN KONFLIKTS IN BRASIL IEN

POSITIVISMO JURÍDICO: A BUSCA DE UM PARADIGMA EMANCIPATÓRIO FRENTE AOS CONFLITOS SOCIAIS NO BRASIL

LEGAL POSITIVISM: THE SEARCH OF AN EMANCIPATORY PARADIGM IN FRONT OF SOCIAL CONFLICTS IN BRAZIL

José Fernando Vidal de Souza¹
Orides Mezzaroba²

Sumário: Introdução. 1 O Desenvolvimento do positivismo no Brasil. 2 Conflitos Sociais e Positivismo Jurídico no Brasil. Considerações Finais. Referências.

Zusammenfassung: Der vorliegende Aufsatz hat als Ziel, die Rolle des Rechtspositivismus im brasilianischen Kontext und seine Konfrontation mit Umweltfragen zu untersuchen. Zunächst wird besagt, dass der Rechtspositivismus den epistemologischen Wünschen der modernen Wissenschaft vollständig dient, während dieser die Dichotomie Staat/Zivilgesellschaft durch die globalisierte, kapitalistische Wirtschaftspraxis regelt. Andererseits, jedoch, entstehen aufgrund der Umweltkomplexität die Dichotomien, und das erfordert eine Antwort, die der Rechtspositivismus nicht geben kann. Der Grund dafür ist, dass sein Gegenstand synthetisiert ist und er den Menschen im Weltkontext identifiziert und nicht als etwas Einzigartiges, Individuelles oder Absolutes. Damit schlägt die Umweltepistemologie eine Solidaritätspolitik der Menschen und der Unterschiede vor. Die Wissenskrise stimmt mit der Krise im umweltlichen Bereich überein, denn das Umweltwissen gibt sich nicht mit einer rationalen und homogenen Weltanschauung zufrieden. Es wird somit bestätigt, dass einerseits der Positivismus einen Abbruch des Konsens verursacht, andererseits das Umweltwissen nach der Transzendenz des existierenden Individualismus im sozial-politisch-wirtschaftlichen Prisma sucht. Die vorliegende Arbeit hat als Ziel festzustellen, wie das Individuationsverfahren aufgebaut wird und wie unsere kulturellen und sozioökonomischen Idiosynkrasien entstehen, mit dem Ziel, eine sozialere Welt zu schaffen.

Schlüsselwörter: Rechtspositivismus. Umweltrecht. Emanzipatorische Paradigma. Neues Wissen.

Resumo: O presente texto se propõe a examinar o papel do positivismo jurídico na realidade brasileira e o seu confronto com as questões

¹ LL.M in Rechtswissenschaftan der Pontificia Universidade Católica de São Paulo; Doktor in Rechtswissenschaftan der Pontificia Universidade Católica de São Paulo; Postdocdurch das Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra; Postdocdurch die Universidade Federal de Santa Catarina; Abschluss in Philosophiedurch die Pontificia Universidade Católica de Campinas; Professor der Universidade Metodista de Piracicaba und der Universidade Paulista; Staatsanwalt der Region São Paulo. E-mail: vidalsouza@uol.com.br.

² Professor der Master und Promotionsprogramme der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universidade Federal de Santa Catarina; Beitragsprofessor des Masterprogramms der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Uninovevon São Paulo; Forscher (Modalität Produktivität) des CNPq. E-mail: oridesmezza@gmail.com

ambientais. Por primeiro, vê-se que o direito positivo atende plenamente aos anseios epistemológicos da ciência moderna à medida que ordena a dicotomia Estado/sociedade civil, mediante a prática econômica capitalista globalizada. De outro lado, no entanto, a complexidade ambiental faz surgir as dicotomias e exige uma resposta que não se satisfaz com as explicações do positivismo jurídico, pois o seu objeto é conglobante e identifica o ser no mundo e não o toma como a ideia de uno, individual ou absoluto. Desta maneira a epistemologia ambiental traduz uma política de solidariedade do ser e da diferença. A crise de conhecimento coincide com a crise no âmbito ambiental, pois o saber ambiental não se contenta com uma leitura racional e homogênea do mundo. Tem-se, pois, que de um lado o Positivismo promove uma ruptura com o senso comum, enquanto de outro o saber ambiental busca a transcendência da individualidade existente na dimensão socio-político-econômica. A proposta ora apresentada é a de pensar como se constrói o processo de individuação e como surgem as nossas idiosincrasias culturais e socioeconômicas, procurando criar um mundo mais voltado para o social.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico. Direito Ambiental, Paradigma Emancipador. Novos Saberes.

Abstract: This paper proposes to examine the role of legal positivism in the Brazilian reality and its confrontation with environmental issues. At first, we see that the positive law fully complies with the epistemological anxieties of modern science as ordering the dichotomy state/civil society through the globalized capitalist economic practice. On the other hand, however, the environmental complexity gives rise to the dichotomy and requires a response that is not satisfied with the explanations of legal positivism, because its subject is conglobant and identifies being in the world and not like the idea of taking one individually or all. Thus epistemology translates an environmental policy of solidarity and of being the difference. The crisis of knowledge coincides with the crisis within the environment, because the environmental knowledge is not satisfied with a rational reading and homogeneous world. It has, therefore, that on the one hand promotes positivism a break with common sense, while the other seeks the environmental knowledge transcendence of individuality exists in the socio-political and economic. The present proposal is to think how to build the process of individuation and how come our socio-economic and cultural idiosyncrasies, seeking to create a world more focused on the social.

Keywords: Legal Positivism. Environmental Law. emancipatory paradigms. new knowledge.

EINFÜHRUNG

Der Rechtspositivismuserlaubt der Wissenschaft noch heute ein sogenanntes Sicherheits-, und das im Norden produzierte Wissen (bzw. die Erkenntnisse) wird zweifellos in den Süden übertragen, vor allem durch internationale Agenturen.

So wird die Wissenschaft als eine Ware angesehen, die konsumiert werden kann, denn sie wurde schon geprüft und zugelassen. Diese Denkweise betont die verschiedenen Dichotomien zwischen Nord und Süd, wie zum Beispiel Kenntnis/Unkenntnis, Zentrum/Peripherie, lehren/lernen, rational/primitiv usw.

Die kontrollierte und geschätzte Wissenschaft, als Ware gehandhabt, betont den Kapitalismus als Bestimmungslogik einer globalisierten, neoliberalen und modernen Gesellschaft, welche die kartesische, anthropozentrische Logik übernimmt und die Natur instrumentalisiert, durch die Anwendung von Finanz- und Währungsbegriffen als Regularium der Politik und der Gesellschaft.

Auf diese Weise schlägt die Wissenschaft ein Reduzierungsmodell als Herrschaftsform der verschiedenen Wissensarten vor, das einen Dialog verhindert, die Werte für das Monopol der Rationalität auflöst und die Vorherrschaft der Technik aufzwingt.

Dieses kartesische und reduzierte Modell führt zu einem kompletten Mangel an Alterität und ruft eine falsche Auslegung der Realität hervor, was eine Marginalisierung und Subalternität der Weltbevölkerung verursacht. So werden die verschiedenen Kulturformen und die dazugehörigen, sozialen Gruppen ignoriert, mit einer eindeutigen Missachtung der verschiedenen Identitäten.

Im brasilianischen Bereich ist das Umweltrecht vorwiegend von wirtschaftlichen, politischen und sozialen Maßnahmen geprägt, was Ausbeutung, Kolonialismus, Armut und Ausschluss zur Folge hat. Brasilien hat riesige Naturschätze und ist zudem das Land mit der größten Biodiversität der Welt. Aber seit seiner Entdeckung leidet es unter der Herrschaft einer Ausbeutungskultur, gemäß der damaligen wirtschaftlichen Interessen der portugiesischen Krone. Obwohl im Laufe der Zeit die eine oder andere Gesetzgebung erlassen wurde, herrschten meistens die Francis Bacon Ideen über die Herrschaft der Natur durch den Menschen.

Gemäß dieser Ansicht vertritt die Umweltfrage anfangs die Interessen eines kleinen Teils der Bevölkerung, welche die Macht durch Oligarchien ausübt, die das Land mit Monokulturen für den Export ausbeuten, durch Sklavenarbeit und später durch Lohnarbeit und manchmal durch Sklavenarbeit von Einwanderern.

Während dieser Zeit wurde das Recht unter der Schirmherrschaft des Positivismus aufgebaut, was den Anfang der Republik in Brasilien stark kennzeichnet. Brasilien verliert allmählich seine Agrarkultur in Richtung Industrialisierung, vertieft die Naturausbeutung unter Rechtfertigung der Entwicklung und des Fortschrittes, was für alle von Nutzen sein würde.

Der Liberalismus erlaubte, nach und nach, dass der Kapitalismus die Regeln des Staates diktiert und gründete damit ein hegemonisches Denken. Der Industrialisierungsprozess in Brasilien war in der Tat sehr schnell und hatte unvergleichbare, gesellschaftliche Traumata zur Folge, denn in weniger als 30 Jahren hat sich die Mehrheit der Bevölkerung vom Land in Richtung Stadt bewegt.

Die Schwellung der Bevölkerung in den großen Städten - zusammen mit Arbeitslosigkeit, Identitätsverlust und niedrigem Lohn - führt zur Entstehung von Elend und Ausschluss. Damit blühen die Umweltprobleme auf. Zunächst steigt die Luftverschmutzung drastisch wegen der Staatspolitik, die jegliche Art von Industrietafelung zulässt, ohne ihre Tätigkeiten zu kontrollieren. Dazu kommt der Mangel an Arbeitsplätzen einer großen Menge der Bevölkerung, die gezwungen ist, in Favelas zu wohnen, wo überhaupt keine Lebensbedingungen herrschen und die

Menschen an Wassermangel leiden. Dort gibt es auch keine städtische Kanalisation, kein Gesundheitssystem, keine Bildung, keinen Strom und keinen öffentlichen Verkehr.

Am Ende des letzten Jahrhunderts, ab den 80-er Jahren, entscheidet sich Brasilien, nach Zeiten tiefer politischer Krisen und häufiger Diktaturphasen, zu einer politischen Öffnung, um seine Demokratie zu festigen. In diesem Moment erscheint die Umweltfrage wieder als eine Art sozialer Kampf, insbesondere durch die NGOs und durch Brasilianer, die nach einer Exilperiode wieder nach Brasilien zurückkehrten.

Das Ziel ist nun aber, die Umweltdebatte unter der Perspektive des Umweltschutzes zu halten. Im Anschluss, im Jahr 1988, wurde die brasilianische Verfassung erlassen, die ein ganzes Kapitel der Umwelt widmet. Kurz danach fand 1992 in Brasilien die II. Weltkonferenz der UNO über Umwelt und Entwicklung (Rio-92) statt.

Allerdings, zur selben Zeit, stellte man die Deregulierung der Weltwirtschaft fest, mit der Handelseröffnung und Möglichkeiten zur Aufnahme von peripheren und semi-peripheren Wirtschaften in den globalen Märkten. Diese Tatsache verschärft die soziale Krise in Brasilien zusammen mit steigender Arbeitslosigkeit, dem Ende der öffentlichen Maßnahmen im Bereich Sicherheit und soziales Wohlbefinden und der Herrschaft der repräsentativen Demokratie.

Die Umweltfrage wird also zum Hindernis für das gewünschte Modell, denn sie steht im Widerspruch zu einer Vielzahl von sozialen Praktiken und Weltanschauungen und teilt keine hegemonischen Ideen. Auf der anderen Seite vertiefen die wirtschaftlichen Aspekte der Globalisierung die Ungleichheiten zwischen reichen und armen Ländern, sie fördern Staatszerfall, führen zu Verdiensten in den Händen weniger und verschlechtern die sozialen Umweltbedingungen.

Die Erhaltung der dominanten Denkweise geht durch einen Filter von wissenschaftlichen Kenntnissen, welche die Welt instrumentalisieren wollen. Die Wissenschaft wird zur Ideologie, welche die Ausübung der Macht zur Weltkontrolle erlaubt. Sie hat ihren Sinn ausgeweitet, wurde zu einer der wichtigsten Produktivkräfte der modernen Gesellschaften und lehnt andere Wissensformen ab.

Aus dieser Perspektive, im brasilianischen Bereich, merken wir, dass das Recht noch heute die positivistischen Regeln für das Weltverstehen nutzt. Diese Rationalität ist alles andere als unlogisch, sie steht in perfektem Einklang mit der Regulierungsauffassung von Wissen durch den Markt.

Somit ist der Positivismus extrem aktuell, denn er erlaubt eine binäre Weltanschauung durch die Formel legal/illegal, erlaubt/verboten, richtig/falsch, welche die Interpretation erleichtert und den Zwang des hegemonischen Denkens zulässt.

Jedoch bringt die Umweltfrage eine andere Problematik mit sich, die theoretische Artikulationen erfordert, die wissenschaftliche Erkenntnisse übertreffen

und aus diesen Gründen einen hervorragenden Blickwinkel bietet, um das Recht - und folglich die Gesellschaft – zu verstehen.

Deswegen fordert die „umweltliche“ Rationalität eine neue epistemologische Strategie, eine Strategie, die sich nicht auf wissenschaftliche Kenntnisse beschränkt und nicht unter der Hermetizität des positiven Rechts leiden darf. Das Ausmaß an Umweltwissen wird in einem Harmoniekontext zwischen Mensch und Natur bestimmt, und somit wird ein Zusammenspiel zwischen wissenschaftlichen Kenntnissen und anderen Wissensformen zur Lösung von Umweltkonflikten nötig.

Alle diese Themen und auch andere, die den Aufbau eines komplexen Denkens erlauben, werden in Folge anhand einer Überlegung bzgl. Recht, wissenschaftlicher Kenntnis, Reifung des Umweltbewusstseins und neuen Wissens gegenüber der brasilianischen Gesellschaft analysiert.

1 DIE ENTWICKLUNG DES POSITIVISMUS IN BRASILIEN

Der französische Positivismus wurde als Antwort auf den klassischen Spiritualismus geboren und hat zu Anfang René Descartes als prägende Figur. Sein größter Ideologe war Augusto Comte, der mit abstrakten Ideen die Wissenschaft durch empirischen Daten ersetzen wollte.

Sein Anspruch war die Formulierung einer sozialen “Physik” (der Soziologie), welche die soziale Destabilisierung jener Zeit, welche durch die neuen Arbeitsbeziehungen des Industriekapitalismus verursacht wurde, ändern konnte. Somit wird Augusto Comtes Dreistadiengesetz (teologisch, metaphysisch und positiv) geschaffen.

Im theologischen Stadium hat der Mensch die Möglichkeit die Welt und ihre Phänomene durch seine Vorstellung zu verstehen. Allerdings gibt es das Verständnis der Naturphänomenen nur durch den Glauben an mythische Vorstellungen. Götter und Geister. Genauer gesagt, wird ihnen ein göttlicher Charakter verliehen. Diese Phase basiert auf dem Glauben an unverändliche Kräfte. Es ist wichtig auch zu sagen, dass das gewählte theologische Modell keine Rolle spielt (fetischistisch, polytheistisch und monotheistisch). Darüber hinaus hätte der Mensch zu diesem Zeitpunkt die Möglichkeit erlangt die Wichtigkeit der sozialen Kohäsion und der Grundlage des moralischen Leben vollständig zu verstehen. Am Ende würde die Entwicklung des menschlichen Geistes einen Stand erreichen, in dem er alle Gottheiten in nureine zusammenfassen würde und somit den Monotheismus gewährleisten würde. Die politische Form in diesem Stadium wäre eine mit dem Militarismus verbundene Monarchie, gegründet auf die Macht der Autorität (COMTE, 1978a).

Im metaphysischen Status wird die Weltanschauung durch abstrakte Begriffe, Ideen und Prinzipien festgelegt. Hier klaffender Mensch und die Natur mit dem Übernatürlichen und der vorherrschenden Theologie auseinander. Das politische

Modell in diesem Stadium ist eine Vertragsgesellschaft, indem der Staat durch eine Souveranität des Volkes regiert wird. Damit werden Könige durch Juristen ersetzt.

Schließlich im positivistischen Stadium nimmt der Mensch die Phänomene und konstatiert die Beziehung von Ähnlichkeit und Nachfolge (Ursache-Wirkung) zwischen ihnen, bei der die Vorstellung und die Argumentation auf Beobachtung beruhen. In diesem Stadium werden die Ursachen und Wesen der Phänomene vergessen und die Errichtung unveränderlicher Gesetze – die Gesetze, die uns regieren – wird zur wichtigsten Aufgabe. Besser gesagt, die konstanten Beziehungen zwischen den individuellen psychologischen Phänomenen und den gemeinsamen psychologischen Phänomenen. Das Wissen/die Erkenntnis hat primär zur Aufgabe durch Empirismus zu organisieren anstatt nur das Reale, das Richtige, das Unbestrittene zu entdecken. Die soziopolitische Repräsentation wird bewerkstelligt durch die Kontrolle der Wissenschaft, der menschlichen Erkenntnis aber eben auch durch die Industrie.

Die Philosophie verkommt also zu einem bloßen Instrument der Systematisierung der positivistischen Lehre. Für Comte waren die Wissenschaften durch die historische Reihenfolge ihrer Entstehung organisiert, und zwar: Mathematik, Astronomie, Physik, Chemie, Biologie und Soziologie. Zuerst von Begriffen einer größeren Abstraktheit zu einer geringeren Komplexität, und umgekehrt. Später kommen der Theorie von Augusto Comte theologische Aspekte hinzu, sodass diese metaphysische Periode das Ziel hat, den Positivismus als Religion der Menschheit zu etablieren. (COMTE, 1978a).

Comte, zum Beispiel, entwickelt die Idee der Vorsehung und diese ist, repräsentiert in vielerlei Formen, mit der Gesellschaft verschmolzen. Dementsprechend repräsentieren die Frauen die moralische Vorsehung, die Priester oder Weisen repräsentieren die geistige Vorsehung; die Kapitalisten die materielle Vorsehung und das Proletariat die allgemeine Vorsehung (COMTE, 1978b).

Der englische Positivismus hat jedoch Stuart Mill als seinen Hauptvertreter, für den das menschliche Wissen aus dem eigenen Erfühlen von primären, unverzichtbaren Daten stammt, die durch Assoziation miteinander verbunden sind und dadurch zur Denkmethode der Induktion führen. Gemäss Mill ist sämtliches menschliches Handeln durch den eigenen Nutzen bedingt und das einzelne Individuum kann seinen eigenen Nutzen nicht verstehen und folglich hängt es von anderen Individuen ab (STUART MILL, 1979).

Der deutsche Positivismus hat als Ursprung eine Gegenreaktion gegen den hegelianischen Idealismus und Abstraktismus. Er hat als Basis Teile der kantianischen und hegelianischen Ideen, aber versteht, dass die fundamentalen Grundelemente der Wirklichkeit sensible Daten sind und diese als Tatsache im Bewusstsein oder im Gefühl verstanden werden müssen. (HEGEL, 2008).

In Deutschland erwirbt der Positivismus Merkmale des Naturalismus und des Materialismus. So sind die hegelianischen Ideen unter einer traditionellen, theistischen und christlichen Anschauung interpretiert oder werden, in anderen Strömungen, unter positivistischer und naturalistischer Sichtweise angesehen.

Die zweite Denkweise wird durch Karl Marx vertreten, die den Sozialismus rechtfertigt und gleichzeitig das Christentum philosophisch zerstört. Der deutsche Positivismus, allerdings, hat als Hauptproblem das gnosziologische Problem, weil er die Erfahrung in ihrer Reinheit hochstilisiert. Er hat als Kontrapunkt den naiven, materialistischen und naturalistischen Realismus (MARX, 2004).

Dennoch fordert in Brasilien der Positivismus einen Bruch mit dem vorherrschenden Konsens, im Vorteil für die Errichtung eines liberalen Staates, der errichtet wird um ein Modell einer sklavischen Gesellschaft und ein Imperium zu ersetzen, obwohl die Rechtswissenschaftler hier die bequeme Position bezogen, bloße Ausleger und Wiedergeber der Gesetzestexte zu sein.

Jedoch geschah diese Tatsache aufgrund der Auslegung der brasilianischen Verfassung von 1824, die durch die Ideen von Jean-Jacques Rousseau orientiert wurde und hatte zur Folge die totale Abwesenheit des politischen Bewusstseins der Reichsstruktur. Dom Pedro I wird vom Regenten und Prinzen Brasiliens zum Kaiser, im Laufe von einem Jahr, ohne dabei zu vergessen, dass die Freiheitsprinzipien, welche die Unabhängigkeit der Vereinigten Staaten und der französischen Revolution inspirierten, auch zur brasilianischen Unabhängigkeit führten (ROUSSEAU, 1978).

So brachte die Reichsverfassung das Konzept des “Poder Moderador”, wobei Brasilien weiterhin durch einen Imperator und ein Parlament regiert wurde. Durch dieses Modell entstand ein Vakuum, ein Gefühl der Leere, die politische Klasse war politisch unfähig und das durch eine Versammlung gewählte Parlament war durch die Vorherrschaft der herrschenden Klasse geprägt, nämlich der Grossgrundbesitzer.

Außerdem verzichtet Dom Pedro I. im Jahre 1831 auf den Thron und verlässt seinen Sohn, der damals nur sechs Jahre alt war, als Erben. Dieses Ereignis sicherte dann die Regenzperiode.

Übrigens war die brasilianische Intelligenz mehr auf die Literatur als auf die Wissenschaft ausgerichtet, denn im allgemeinen suchte die brasilianische Elite die juristische Ausbildung und, wie schon vorher angedeutet, schickte sie ihre Kinder für das Studium nach Europa. Nur die brasilianische Streitkräfte (Armee und Kriegsmarine), sowie die Ärzte und Ingenieure, widmeten sich den wissenschaftlichen Studien.

In Brasilien wurde in der Tat festgestellt, dass der brasilianische Jurastudent nur in Europa sein Studium beendete - besonders in Coimbra -, und danach war er fast immer in eigener Funktion beim Staat tätig. Die Tätigkeiten waren vor allem bürokratisch und klientelistisch.

Die Magistratur, z. B. ermöglichte einen fast unmittelbaren Zugang zu einer politischen Karriere. Außerdem konnte der Rechtsanwalt, durch kaiserliche Ernennung, die Tätigkeiten von Richter und Stadtrichter oder Polizeichef oder Revierleiter wahrnehmen. Am 11.08.1827 wurden die juristischen Kurse in Brasilien umgesetzt. Sie entstanden für die Umsetzung des kaiserlichen Interesses - in einer politischen Allianz mit den Inhabern der lokalen und provinziellen Macht. Die

damalige brasilianische Gesellschaft war sklavisch, aber mit einer liberalistischen Fassade.

Darüber sagt Lopes (2000, p. 228):

[...] der Liberalismus, in Brasilien, hat nichts mit dem nord-amerikanischen Liberalismus zu tun z. B.: dort ist die Vertretung der politischen und zivilen Freiheiten, der sozialen und zivilen Menschenrechte liberal. Hier neigt der Liberalismus ausschließlich dazu, sich mit dem wirtschaftlichen Liberalismus zu verwechseln, das *laissez-faire*, oder, in einer Stimmung von tiefen Ungleichheiten wie die unseren, in einem *jeder Mann für sich*.

Somit schafft das sklavistische Brasilien am Anfang des 18. Jahrhunderts einen Jurakurs, der auf dem Modell der Rechtswissenschaftsfakultät von Coimbra beruht, ohne dabei demokratisch oder liberal zu sein. Als Beispiel sagt Lopes (2000, S. 229-230), im Jahre 1827 in Brasiliens Jurakursen

[...] hatten nicht als Fach Römisches Recht, das nur in 1850 aufgenommen wurde. Als Ersatz dafür müsste der Lehrstil synthetisch, grundsätzlich und demonstrativ sein. Anders gesagt, systematisch und geometrisch. Die ersten brasilianischen Jurakursen – indem wurden Männer, die im reformierten Coimbra studiert hatten – spiegeln den damaligen brasilianischen Vorbehalt dem alten Römischen Recht gegenüber wieder, dem *ius commune*. Schon in der Laufe des 19. Jahrhunderts wurde, jedoch, das Römische Recht in die deutsche Pandektion eingeführt.

Die Neuigkeit des Liberalismus und Idealismus führt in den brasilianischen Jurakursen im Laufe des 19. Jahrhunderts zur einer Auseinandersetzung zwischen Jusnaturalisten und Positivisten.

Die ersten waren die Männer, die das Aufsichtssystem – das in der mittelalterlichen Scholastik geherrscht hatte – aufgenommen haben. Sie hatten die Fähigkeit, das Recht durch den Konsens und die rationalen Naturrechtsregelungen zu verstehen. Sie waren für die Einrichtung der Mitarbeiter des kaiserlichen Staates verantwortlich, für die Verteidiger der Monarchiestruktur, der Staatsreligion, und die anerkannte Moral und Sitten.

Die zweiten entstehen nach dem Illuminismus, mit dem bürgerlich-liberalen Staat verknüpft und dienen als Basis für den republikanischen Staat, denn durch die Erfahrung und die Beobachtung wollten sie individuelle Konflikte, vertragliche Streitigkeiten und die Führungsregeln des Eigentums, lösen. Damit würde der Staat erhalten bleiben trotz dem totalen Bruch mit dem vorherrschenden Konsens.

Nach Lopes (2000, S. 343), die juristischen Fakultäten bis etwa 1870

[...] waren keine Dialogplätze. Das juristische kulturelle Leben gab es nur im Gericht und Tribunal. [...] Häufig waren Beschwerden über die Kurse, sowie die Abwesenheit von Professoren, den Betrug bei der

Anwesenheitsliste der Studenten und den Dogmatismus und Traditionalismus bei den Fächern. Die Juristen entwickeln, wenn wir so wollen, eine Art von Autodidaktismus mit der Bildung ihrer eigenen Bibliotheken. Alles in Übereinstimmung mit einer aristokratischen Gesellschaft, in der ein freier Platz für die Debatte der Kultur und der Ideen ausschließlich fast das Wohnzimmer ist, das private Haus, der heimische Raum.

Letztlich ermöglicht die Abwesenheit von Kultur und theoretischer Erkenntnisse - zusammen mit einer Philosophie ohne zuverlässige rationale Kriterien – die Blüte ca. 1850- des Positivismus in Brasilien, gebracht nach Brasilien durch die Brasilianer, die in Frankreich studiert hatten, mit. Darunter gab es auch Studenten von Comte.

Die positivistischen Ideen gewinnen jedoch Sichtbarkeit in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts innerhalb der militärischen und der politechnischen Schule, denn sie sind die perfekten Schauplätze für die Diffusion der Mathematik als universelle Wissenschaft, und die kartesische Methode und die mechanische Physik. Benjamin Constant, einer der größten Namen der Republik, ist 1852 einer militärischen Schule beigetreten und wurde durch dieses Denken beeinflusst. Schließlich hat er sich ab 1857 als Anhänger des Positivismus erklärt (LINS, 1967).

Jedoch sind Miguel Lemos und Teixeira Mendes die Hauptvertreter des brasilianischen Positivismus. Sie hatten sich noch in der Studienzeit an der Politechnik Schule bei Augusto Comte durch den Littré Unterricht angenähert und erreichten so mit positivistischen Ideen und Mathematik die Straße (Öffentlichkeit).

Aber Miguel Lemos und Teixeira Mendes sind aus disziplinarischen Gründen verhindert, die Kurse zu besuchen und deshalb widmen sie sich von da an der Verbreitung der positivistischen Ideen. 1879 reist Miguel Lemos nach Paris und trifft sich mit Littré, damals ein Philolog und Dissidentenanhänger der Ideen von Comte, das sagt, dass das Werk von Augusto Comte nach der Entstehung ihrer Demenz keinen Wert hat (TORRES, 1957).

Aber Lemos akzeptierte aufgrund seiner tiefen Religiosität diese Meinung nicht und sah den Littreismus als etwas unvollständiges an und entschied sich damit seine Suche weiter zu führen. Somit nähert sich Lemos an Pierre Lafitte, der sich als Nachfolger der Tradition der *Religion der Menschlichkeit* fortgesetzt hatte.

Durch Lafittes Hände wurde Miguel Lemos zum *Direktor des Positivismus in Brasilien* ernannt, und so fängt er das *Apostolado Positivista no Brasil* an und kehrte am 01.02.1881 nach Rio de Janeiro zurück und nahm bald die Tätigkeiten als Direktor der positivistischen Gesellschaft von Rio de Janeiro an. Dann startet er die offizielle Propaganda mit der Herausgabe der positivistischen Zeitung "Gazeta de Notícias" (LINS, 1962).

Teixeira Mendes und Miguel Lemos waren strenge Verfolger der Doktrin von Comte und verbreiten also die Regeln der positivistischen Philosophie. Und, sowie Comte, glaubten sie, dass die Republik das Endstadium der politischen Entwicklung der Menschheit sein müsste.

Sowieso herrscht anfangs das Denken der orthodoxen Positivisten vor und damit haben sie eine Front gegen das Reich an zwei Seiten initiiert: im politischen und religiösen Sinn.

Damals war der Katholizismus die offizielle Religion des brasilianischen Staates. Aber bezüglich des Kaisers war er, laut den Positivisten, ohne Kultur, ehrgeizig, ohne politische Vision und wenig patriotisch. Dom Pedro II., hingegen, war immer mit den Positivisten milde, denn er hielt sie für Menschen mit gutem Charakter und intelligente Personen, und hat sie aus diesen Gründen sogar in verschiedenen Momenten Benjamin Constant gegen seine Gegner verteidigt. Überdies nutzte der Kaiser das Poder Moderador mit großer Unsicht und Sorgfalt, denn der Kaiser war immer ein Verfassungssouverän (LYNCH, 2010).

Die Abschaffung der Sklaverei aufgrund einer Abschaffungsbewegung, aber nur am Ende des 18. Jahrhunderts wegen wirtschaftlicher Gründe und wegen des Drucks der englischen Regierung. Für die Unbestimmtheit dieser historischen Fakten ist Rui Barbosa aufgrund seiner Haltung verantwortlich. Barbosa hat später auch an der republikanischen Regierung teilgenommen und hat befohlen, dass alle Archive aus der Epoche der Sklaverei aus der brasilianischen Geschichte gelöscht wurden. Platzmangel und eine Epoche, die vergessen werden müsse, waren seine Gründe dafür.

Die Gegner Rui Barbosas besagen jedoch, dass es seine wirklichen Absichten waren, die Interessen der herrschenden Klasse zu bewahren. Es waren die Grossgrundbesitzer, die schon eine bedeutende Oligarchie aufgebaut hatten und, aufgrund der Änderung von der Monarchie zur Republik, vor eventuellen Repressalien geschützt werden mussten.

Aber die Unzufriedenheit der Militärs mit dem Reich kurz nach dem Krieg gegen Paraguai (1864-1870) erhöhte sich, denn viele von ihren ehemaligen Privilegien wurden reduziert und wie schon gesagt, die brasilianische Armee hatte sich seit der Regenz Jahr für Jahr verringert. Die Militärs hatten nach dem Krieg von Paraguai viel Prestige gewonnen und befürchteten den Wachstum der Guarda Nacional.

Diese Faktoren zusammen mit den positivistischen Ideen von der Ablösung der militärischen Traditionen und für ein mathematisches Studium (statt militärisch) führte sie mehr in die Politik.

Dadurch beeinflusste Benjamin Constant, Militär seines Zeichens (Oberstleutnant), der am Krieg von Paraguai als Militär und Zivilingenieur teilgenommen hatte und überdies an der Militarschule, Politechnikschule, normalen Schulen und Kriegshochschule gelehrt hatte, auch Marechal Deodoro da Fonseca, gegen seinen Willen, Dom Pedro II. vom Thron zu stürzen. Die Hauptargumente waren, dass die kaiserliche Regierung weiterhin gegen die Soldaten, die nicht an die Sklavenverfolgung teilgenommen hatten, vorging; weiters wegen Patriotismusanfalls, denn die korrupten Politiker wurden nicht bestraft.

Dieser Teil der Geschichte wird durch Torres (1957, S. 68) wie folgt beschrieben:

Die Bevölkerung des Landes, Adel, Klerus und Volk, schaute die Parade überrascht an. Denn, wie alle wissen marschierte Deodoro an der Spitze der Truppen zum Hauptquartier, wo er, mit Hilfe von Floriano, den Visconde de Ouro Preto festnahm. Dadurch löste er das kaiserliche Regime auf und führte die Republik ein. Der zögerliche Major Solon hat sich so von der undankbaren Aufgabe den König und seine Familie aus Brasilien zu vertreiben, entledigt. Im Grunde genommen, und abgesehen von der Rhetorik, geschah hier also der Umschwung des brasilianischen Reichs zur República dos Estados Unidos do Brasil.

Andere Faktoren, wie die Sympathie der armen Bevölkerung für die republikanische Bewegung und die Existenz einer neuen politischen Partei, welche die neue Agrarelite repräsentierte, die PRP (Partido Republicano Paulista), bereit die Macht zu übernehmen, waren für die Proklamation der Republik nicht entscheidend. Zunächst, weil Teile der armen Bevölkerung mehr am Ende der Sklaverei interessiert waren und nicht Kraft genug hatten, eine solche politische Artikulation durchzuführen. Zweitens, weil es die Absicht der PRPs war, gewaltlos an die Macht zu kommen, um eine breitere Verteidigung ihrer Interessen zu ermöglichen. Denn einige seiner Anhänger sympathisierten noch mit einigen monarchistischen Ideen und hatten keine Sorge für doktrinäre Angelegenheiten.

Damit wird deutlich, dass die Entstehung der Republik in Brasilien eine Folge der brasilianischen Militärs war, die sich mehr für die mathematischen Studien, als für das Studium von Ballistik und Strategie gewidmet hatten. Sie hatten die positivistischen Lesungen als Führung und hatten eine republikanische und antimilitärische Ideologie nach der Lehre von Augusto Comte eingesetzt.

Dann hat der Positivismus versucht, seit den ersten Tagen sich in der Republik zu installieren, mit dem Ziel, positivistische Ideen einzuführen. Und dafür schickten Miguel Lemos e Teixeira Mendes eine Reihe von Dokumenten für die Änderung der wesentlichen Grundlagen der Organisation des Landes an den Regierungschef.

Unter diesen Dokumenten war die Broschüre *Bases de uma Constituição política Ditatorial Federativa para a República Brasileira*, die im Kapitel V des Werkes System der positiven Politik, von Augusto Comte, inspiriert wurde.

Torres (1957, S.68) erklärt, dass:

Um die Absichten der Positivisten zu verstehen, sollte berücksichtigt werden, dass die Positivisten den Moment für eine Übergangsepoche vom Bruch mit dem Mittelalter durch die Renaissance für einen positiven Zustand hielten. Die Diktatur wäre die perfekte Regierungsform, um einen freien Übergang zu ermöglichen, nach dem Dreistadiengesetz. Der erfolgreichste Regierungschef in dieser Art von Diktatur war, laut A. Comte, der König Friederich II. [sic], der Große, von Preußen.

Diese Ideen aber schreckten Rui Barbosa, den Mann, der für die Koordination für die Ausarbeitung einer neuen brasilianischen Verfassung zuständig war.

Rui Barbosa, in der Zeit zwischen 1875-1890, zeigte sich immer sympatisch und begeistert gegenüber der positivistischen Philosophie und hatte sogar Comte und Littré bei mehreren Reden beim brasilianischen Parlament gewürdigt. Jedoch brachte ihn seine Abkehr dazu – auch wenn nicht radikal und durchgehend, nur wegen der Ausarbeitung der Verfassung von 1891 geschehen – ernste kritiken gegen die orthodoxen Positivisten zu machen.

Vielleicht aus diesen Gründen hat er es vermieden, sich in die Diskussion über die nationale Fahne und die Möglichkeit der Einrichtung des Abstraktkalenders von Feier (von Augusto Comte idealisiert) einzumischen. Dies war der Wunsch der Positivisten Miguel Lemos und Teixeira Mendes.

In der Tat, wie Torres erklärt (1957, S.76-77) wurde die brasilianische Fahne durch Teixeira Mendes idealisiert, von Décio Vilares gemalt und dann Benjamin gezeigt, der sich für das Erreichen der Genehmigung des Erlasses n°. 4 von 19.11.1890 einsetzte. Seitdem wurde an diesem Datum der Fahnentag eingesetzt.

Das Kennzeichnen des Positivismus *Ordem e Progresso* wird dann in die nationale Fahne geschrieben und ersetzt dann das *Cruz da Ordem de Cristo*, das in der kaiserlichen Fahne war, was wiederum viele Proteste der Katholiken und der Anhänger des *ancièn regime* zur Folge hatte.

Die Positivisten hatten als ihren größten Anhänger den Landwirtschaftsminister Demétrio Ribeiro, der für die Hauptthese der Positivisten ganz dafür war: Trennung zwischen Kirche und Staat, standesamtliche Trauung, Meinungsfreiheit, Ende der Anonymität in der Presse, Säkularisierung der Friedhöfe, Bekämpfung des Kartenlegens und des Spiritismus, Kalendar für die nationalen Feiertage usw.

Aber langsam haben die Positivisten gesehen, dass viele von seinen Ideen dem von Rui Barbosa geführten Liberalismus unterlagen und, am Ende von zweieinhalb Monaten Demétrio Ribeiro entlassen wurde, aufgrund seiner Unvereinbarkeit mit der durch die Regierung übernommenen Finanzpolitik. Das war dann das Ende des direkten Einflusses des Positivismus auf die Führung des Landes.

Rui Barbosa hatte also die Führung der Organisation der Republik nach dem juristischen Liberal-Demokratiemodell für sich eingenommen und als Finanzminister setzte er das *Encilhamento* aufgrund des Arguments, dass die unheilvolle Finanzpolitik des *ancièn regime* das Land in den *Bancarotta* geführt habe, ein.

Mit dem Erlaß der Verfassung von 1891 nach den Prinzipien des strikten Liberalismus, hat es Rui Barbosa geschafft, die orthodoxen Positivisten aus den politischen Angelegenheiten herauszuhalten und, nebenbei Quintino Bocaiúva, Außenminister der provisorischen Regierung, für die Entscheidung von Notfallmaßnahme zu bestimmen. Zum Beispiel, die Pressefreiheit und die Herausgabe von verschiedenen Zeitungen zu beenden, denn nach seiner Ansicht

hatte der Oppositionsjournalismus nach dem Untergang des Regims keinen Sinn mehr und deshalb wäre die Herausgabe des *Diário Oficial* mehr als genug.

Die positivistischen Ideen jedoch bleiben von grossem Einfluss für das Schicksal Brasiliens. Aber diesmal nicht als Staatsbestimmungen, sondern als Einfluss verschiedener Politiker und Mitwirkender.

Überdies ist es notwendig zu wissen, dass der Positivismus nicht nur aufgrund der militärischen Schulen fort dauert, sondern auch wegen der Verbreitung in den juristischen Schulen.

In der rechtswissenschaftlichen Fakultät von São Paulo in der Zeit zwischen 1880 und 1890 findeten aufgebrauchte Debatten zwischen den thomistischen naturrechtlichen Juristen und den Positivisten statt.

Außerdem hatte die rechtswissenschaftliche Fakultät von São Paulo in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts die folgenden positivistischen Zeitungen: *A República*, *O Federalista*, *A Evolução* und die *Luta*, die einschließlich den Kalender von Augusto Comte übernahmen.

Lins (1967, S.146) sagt auch das:

Als Júlio Castilhos in São Paulo, mit Assis Brasil und Pereira da Costa, *A Evolução*, gegründet hat, hat er in 1879 das Programm wie folgt bestimmt:

A Evolução hat alles mögliche zu sagen in diesen zwei Wörtern, die die Soziologie als Merkmal gebaut hat, zusammengefasst: *Ordem e Progresso*

Ordem e Progresso - hier ist das soziologische Dogma

Ordem e Progresso – hier ist die Republik

Ordem e Progresso – hier ist das Ziel, für das jener Teil der heutigen Generation arbeiten soll, die sich nicht in einem Leben von Trägheit und Unfruchtbarkeit vernichten möchte, ohne für ein gemeinsames Werk gearbeitet zu haben.

Aber in Pernambuco war die Entwicklung des Positivismus ganz anders. Zuerst hat sich Tobias Barreto an den Positivismus aufgrund seiner Spiritualität angenähert. Er wird von Sílvio Romero gefolgt und, danach von José Higino: jedoch haben sich alle danach von Tobias Barreto wegen des Kontaktes mit den Entwicklungstheorien entfernt.

Später hatten viele von diesen Studenten Ämter in den Bundesregionen oder Sitze im Parlament inne und sogar die Präsidentschaft der Republik (Campos Salles war Justizminister der provisorischen Regierung und der vierte Präsident Brasiliens).

Somit sehen wir in Brasilien die Existenz zweier Arten von Positivismus: den *Littreismus*, der am Anfang die juristische Schule hat und die Anhänger der *Religião da Humanidade* (durch Littre verbreitet) erobert. Beide Positivismusarten haben auch die militärischen Schulen erobert.

Jedoch hat langsam der in rechtswissenschaftlichen Fakultäten verbreitete Positivismus von Augusto Comte Raum für die Ablagerung der deutschen Entwicklungstheorie und des deutschen Dogmatismus gelassen.

Es ist wichtig zu beobachten, dass während der Espada Epoche – zwischen 15. November bis dem Ende der Regierung von Marechal Floriano Peixoto (1894) – selbst mit der Enthebung oder Neutralisierung aller orthodoxen Positivisten durch Rui Barbosa der comteanische Geist durch die Macht der Militärs lebendig bleibt.

Die Zentralisierungstendenz der Militärs stellt sich den Wünschender Liberalen gegenüber, die mit dem Erlaß der Verfassung von 1891, eine Modernisierung der brasilianischen Institutionen fördern. Die wichtigsten Maßnahmen waren: a) Trennung zwischen Staat und Kirche, b) der Föderalismus, mit der sozio-politischen und wirtschaftlichen Autonomie der Bundesregionen; der Präsidentialismus, c) das repräsentativistische Regim, mit direkter Wahl der Răpresentanten des Volkes in die Exekutive und Legislative - Ausnahme waren die Analphabeten, die Frauen, die Soldaten und die Minderjährigen.

Mit der Verfassung in Kraft, wurde der Marschall Deodoro durch das nationale Parlament gewählt. Die Wahl war durch Bedrohungen militärischer Interventionen geprägt. Aber interessant zu beobachten war, dass die Armee keine Kohäsionskraft hatte, denn der Marschall Floriano hatte auch an der Wahl als Kandidat (Vize-Präsident) teilgenommen. Er unterstützte den Kandidat der Oligarchien, Prudente de Moraes. Prudente de Moraes hat die Wahl nicht gewonnen, aber Marschall Floriano hat die Wahl zum Vize-Präsident gewonnen, denn die Vorschriften der Verfassung von 1891 bestimmten, dass die Wahlen für Präsident und Vize-Präsident getrennt waren und Kandidaten von verschiedenen Kandidatenlisten gewählt werden konnten.

Die Regierung von Marschall Deodoro wurde aufgrund seines Autoritarismus und Zentralismus für eine große politische Krise kennzeichnend. Damit wurde er von der Opposition der Grossgrundbesitzer, welche die Mehrheit der Sitze im nationalen Parlament hatten, streng bekämpft. Außerdem wurden sie durch einen Teil der Armee unterstützt.

Im Namen der Ordnung, im November 1891, erläßt der Marschall Deodoro die Schließung des nationalen Parlaments nach zwei Gründen: Zuerst die Möglichkeit der Verabschiedung des Verantwortungsgesetzes (*Lei de Responsabilidade*), welche das impeachment des Präsidenten der Republik in manchen Fällen verursachen könnte und zweitens den Streik des Central do Brasil.

Der Marschall konnte nicht widerstehen und legte am 23.11.1891 sein Amt nieder, denn er hatte keine Unterstützung des Volkes und wurde durch Militärs der Kriegsmarine bedroht.

Der Marschall Floriano Peixoto (1891-1894) übernimmt die Macht und wird durch die militärischen Strikkräfte (Armee und Kriegsmarine), und durch die Paulista Republikanische Partei unterstützt als er als erste Maßnahme die Ungültigkeitserklärung des Erlaßes erlässt, der das Parlament aufgelöst hatte; der Maßentlassung der regionalen Regierungen (die Deodoro unterstützt hatten) und

der Kontrolle der Finanzspekulation und der Spekulation mit Lebensmitteln durch die Preisbindung.

Diese Maßnahmen haben sofort gewalttätige Reaktionen gegen Floriano verursacht. Überdies reguliert der Artikel 42 der brasilianischen Verfassung, dass im Falle einer freien Stelle des Präsidenten oder Vize-Präsidenten, und vor der Frist von zwei Jahren der Amtszeit, die Erfüllung von Neuwahlen notwendig war. Trotzdem hat er die Vorschriften der Verfassung ignoriert. Als Erklärung dafür sagt er, dass das Gesetz nur für die direkten durch das Volk gewählten Präsidenten galt und die Wahl des ersten Präsidenten indirekt war (durch das Parlament gewählt), könne er das Amt aufgrund der Enthebung von Deodoro beenden.

Als Konsequenz wird der Marschall Floriano einer Reihe von Aufständen entgegnetreten: zunächst dem Manifest von dreizehn Generälen, die seinen Amtsverzicht und die Erfüllung von direkten Wahlen wollen und, danach, der Revolta Armada (1893) (bewaffneter Aufstand) in der Marineschule, die dasselbe Ereignis, das zum Rücktritt des Marschall Deodoro geführt hatte, wiederbeleben wollen, und schließlich, der Revolta Federalista (föderalistischer Aufstand), welche in der Bundesregion Rio Grande do Sul stattfand, durch die Partido Republicano Gaúcho geführt. Floriano hat alle Aufstände mit extremer Gewalt niedergeschlagen. Aufgrund seiner Maßnahmen hat er den Spitznamen Marechal de Ferro (Eiserner Marschall) bekommen.

Im wirtschaftlichen Bereich, jedoch, hatte er die durch das Encilhamento provozierte Inflation geerbt und ergriffenige protektionistischen Maßnahmen bezüglich der Industrie. Außerdem hat er den Zugang auf Kredit (als Maßnahme für die Kontrolle der Spekulation) erleichtert.

Aber ab 1893 wendet sich der Kampf des Positivismus nach Rio Grande do Sul, wo Júlio de Castilhos eine Gruppe von Positivisten führt, mit dem Ziel, diese Idee als politische Bewegung zu verbreiten. Die positivistischen Ideen werden dann dominant in diesem Land.

Castilhos, wie schon gesehen, hat in der rechtswissenschaftlichen Fakultät von São Paulo studiert und, 1899, mit der Proklamation der Republik, die Präsidentschaft der Bundesregion verweigert, aber die Tätigkeit als Staatssekretär ausgefüllt, denn er wollte mit den ehemaligen lobbyistischen Politik-Verwaltungspraktiken der kaiserlichen Epoche aufräumen.

1890 gewinnt er die Wahl zum Abgeordneten und besetzt dann einen Stuhl im nationalen Parlament für die Ausarbeitung der neuen Verfassung. Damit nähert er sich einer extrem radikalen Gruppe, die den Föderalismus verteidigte und eine klare positivistische Inspiration hatte.

1891, zurück in Rio Grande do Sul, besetzt er die Präsidentschaft der Bundesregion und entscheidet, die neue Verfassung von Rio grande do Sul zu verabschieden, einen extrem autoritären Text, der eine comteanische republikanische Diktatur errichten wollte. Diese Diktatur wäre vom *System der positiven Politik* von Augusto Comte inspiriert worden. Sie hätte die folgenden Themen gehabt:

a) der Kampf gegen die Demokratie und gegen die populäre Stimme, die als ein metaphysisches Dogma angesehen wurde, denn die Republik wird nicht durch die Abstimmung legitimiert, sondern weil sie eine wissenschaftliche und geschichtliche Berechtigung hat. Somit möchten diese beiden Begriffe das Regierungswahlmandat begründen;

b) die Verfassung der Gauchos wurde im Namen der Familie, der Heimat und der Menschheit erlassen, gemäß der Worte ihrer Präambel;

c) die Macht war auf dem Chef der Exekutive zentralisiert, der einschließlich die Macht hätte, Gesetze zu erlassen. Dies würde dann die Macht der politischen Versammlung auf eine pure Abstimmung über den Staatshaushalt reduzieren;

d) die Fortsetzung der Verwaltung wäre gewährt, denn die Wiederwahl des Machthabers wäre erlaubt;

e) die Aufnahme des Proletariats und der wirtschaftlichen Kräfte in den Staat.

Damit wird klar, dass die Verfassung der Gauchos die Konzentration der politischen Kraft beim Machthaber erlaubte, durch ein Regime, das den sozialen Wohlstand fördern wollte. Das alles wäre durch die moralische Verantwortung des Machthabers gewährleistet. Damit wäre die rationale Strukturierung der Gesellschaft durch eine “wissenschaftliche Methode” möglich.

Ferner hatten die Anhänger dieser Art von Regime die Idee der Räpresentation mit der Idee von Hegemonie und Schutz ersetzt. Es wäre eine Autokratie, die durch die moralische Ordnung implementiert wäre. Das Ergebnis wäre dann, ohne Zweifel, der Fortschritt.

So würde sowohl die Legislative ihre Hauptfunktion verlieren als auch das Volk seine Souveranität. Alldies wäre möglich aufgrund einer Ordnung eines Diktators mit moralischer Verantwortung. Dies würde die Implementierung des Despotismus einer Diktatur eines comteanischen Modells verhindern, welcheja als Hauptabsicht hatte, das brasilianische Volk zu einem positiven Staatsmodell zu führen. Dies war eine richtige Soziokratie, durch die Rationalität und gegen alle theologischen und metaphysischen Elemente bestimmt und deshalb die Geschichte definitiv überwunden.

Dieses absolutistische und gegendemokratische Verhalten der Anhänger von Castilhos erlaubte, dass sie an der Macht in Rio Grande do Sul für fast 40 Jahren blieben, zuerst mit Castilhos und danach mit Antônio Borges de Medeiros (1863-1961), der viermal nacheinander für die Präsidenz jener Bundesregion gewählt wurde, und schließlich 1928, mit Getúlio Vargas (1883-1954).

Brasilien wird dann durch eine Epoche bestimmt, die durch hegemonische und reaktionäre Prozesse gekennzeichnet ist. Diese Momente waren zum Beispiel die “Caudilhismo”-Diktatur und sogar der Faschismus.

Der “Caudilhismo” stellt sich als ein Phänom der primitiven Gesellschaft vor, in der die Institutionen und die Gesetze keine Wichtigkeit haben und es nur

Männer im Marsch mit seinen Anhängern gibt. Es gibt hier eine *Individualisierung* der Macht. Die Diktatur setzt die Unterdrückung der Freiheiten voraus, auch wenn nur vorübergehend, indem die Freiheit immer wieder mit der Frist einer zeitlichen Notsituation angekündigt wird. Der Faschismus ist ein weiter Begriff, denn er wurde ständig als Synonym für vorherige Begriffe benutzt. Dies geschah aufgrund einer klaren liebevollen Beziehung mit sozial-nationalistischen Wurzeln zu einer „Einzigpartei“ mit politischem Einfluß, sowie einer strengen Kontrolle der Freiheit der Bevölkerung und großer sozialen Reformen (vieles von dem nicht durch das Volk erwünscht).

Heutzutage wird die Vargas Ära von vielen Personen kritisiert und manche Leute sagen, dass sie keinerlei Einfluss des Positivismus aufzuweisen hat.

Aber ist sehr wichtig nicht zu vergessen, dass der Einfluss von Júlio de Castilhos auf die politisch-philosophische Bildung von Getúlio Vargas stark war und er mit seinem Gang zum Nationalplan die Revolution von 1930 und den „Estado Novo“ einleitete, wie schon im ersten Kapitel angedeutet.

Sogar in der damaligen populär Musik wird eine Verbreitung des Positivismus festgestellt. Daran erinnert Lins (1961, S.534-535). Als Beispiel des Samba von Noel Rosa und Orestes Barbosa (1933). Der Text ist folgender:

Die Wahrheit, meine Liebe, lebt im Brunnen, / es war Pilatos, da in der Bibel, der uns sagt, / Und auch er ist gestorben seines Nacken wegen, / Der (unglückliche) Autor des Pariser Fallbeils. / Gehe, Stolze, Geliebte, / Aber akzeptiere die Lehre: / Im unbestimmten Wechsel des Lebens, / Die Waage ist gewiss das Herz, / Die Liebe kommt als Prinzip, die Ordnung als Basis, / Der Fortschritt ist das was am Ende kommen soll / Du hast dieses Gesetz Augusto Comtes verachtet, / Und gingst weit Weg von mir glücklich sein.

Zu diesem Zeitpunkt sehen wir auch, dass der Littreismus, der am Anfang in den juristischen Schulen Brasiliens vorherrschte und zur Entwicklung beitrug, besonders die Entwicklung von Spencer in São Paulo, durch die Arbeiten von Pereira Barreto und, in Recife, mit Silvio Romero, Clóvis Beviláqua, Pedro Lessa u.v.a. Zu diesem Zeitpunkt hat sich nur Tobias Barreto vom Positivismus entfernt. Das geschah aufgrund seiner Übernahme eines wissenschaftlichen Germanismus.

Es ist aber wichtig hervorzuheben, dass Comte und Spencer viele gemeinsame Ideen haben, aber sie nicht mit der politischen und ideologischen Analyse zum Verständnis der Entwicklung der Zivilisation einverstanden waren und darüber sagt Alonso (1995, S. 4)

[...] sie waren ganz einverstanden bezüglich der grundlegenden Rolle der Wissenschaft als Mittel von Intervention und der Veränderung der menschlichen und natürlichen Welt und als wirkendes Mittel der Modernität und der Zivilisation; der Positivismus Comtes und die Entwicklung Spencers geben diesem Begriff die perfekte Grundlage und, aus diesem Gesichtspunkt gesehen, spielt dieser Unterschied keine bedeutende Rolle. Es ist die wissenschaftliche Kenntnis der Gesetze, die die Natur und die Geschichte regeln, die den Aufbau der

Projekten der Zivilisation ermöglicht und die fähige Katalysatoren für die Minderung oder Verkürzung der Leiden des Zivilisierungsprozesses. Jedoch stimmten die zwei Systeme in einem grundlegenden Punkt nicht über, und zwar, der politische und ideologische Weg, um die Zivilisierung zu erreichen. Die Ideen Spencers wollten einen liberalen Weg für den Fortschritt, während der Positivismus Comtes eine autoritäre Perspektive mitbrachte. In Brasilien die Theorien hatten unterschiedliche Auslegungen der sozialen Realität. Der darwinistische Ton Spencers ist dem in der brasilianischen Kultur verbreiteten Liberalismus angemessen. Die Idee Spencers, dass die Gesellschaft durch Auswahl- und Anpassungsgesetze (ähnlich den, die die Natur regeln) regiert wird, könnte die soziale und politische Struktur als Ergebnis einer Natursauswahl rechtfertigen, wobei nur die Schwachen untergehen. Seine individualistische Perspektive erklärte auch den Aufstieg des *self-made-men* als Folge des Überlebens des Fähigers und den sozialen Ausschluss als Ergebnis des Kampfes ums Leben.

Das veranschaulichte Szenario erlaubt Vargas die Präsidentschaft der Republik zu erreichen und allmählich die Führungsregeln des Positivismus von Castilhos, vor allem während der Zeitpunkt des „Estado Novo“ (1937-1945), einzuführen. Damals wollte er die Idee der Wahlrepräsentation durch die wissenschaftliche Hegemonie ersetzen. Dies würde durch die Ordnung und die Verstärkung eines moralisch verantwortungsvollen Machthabers (der ein Regime für den Wohlstand und den Fortschritt machen würde) geschehen.

Derart sind viele der Führungsmerkmale dieser Behauptung, erstens, das Ende der Revolution von 1930. Am 03.11.1930 ein provisorischer Rat gibt die Macht an Vargas. Dementsprechend wird Vargas Chef der provisorischen Regierung und organisiert dann seine Ministerien, mit Lindolfo Collor für das Arbeitsministerium, Industrieministerium und Handelsministerium, Francisco Campos nimmt das Unterrichtsministerium und Osvaldo Aranha das Justizministerium.

Francisco Campos, bekannt als „Chico Ciência“ machte, aufgrund seiner Aufnahme von Eugenietheorien, eine Reihe von Änderungen im Unterrichtsministerium, unter anderem die Reform der Grundschule, Normalschule und Gymnasium, alles durch autoritäre Maßnahmen und ohne Teilnahme der Bevölkerung, basierend auf den Ideen von Euclides Roxo, damaliger Direktor des Colégio Pedro II. in Rio de Janeiro.

Am 10.11.1937 schließt Vargas das Parlament durch einen Putsch und ersetzt die Verfassung von 1934 durch eine andere, die durch den Justizminister Francisco Campos ausgearbeitet wurde, von der Verfassung aus Polen inspiriert. Dieser Text, übrigens, wurde als „A Polaca“ bekannt. Gleichzeitig vernichtete er die politischen Parteien, fängt eine Repression gegen seine Gegner an und gründete das DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda), das die Idee des „Estado Novo“ verbreitete.

Am Anfang der 40-er Jahre wurde das Strafgesetzbuch (decreto-lei nº. 2848, von 07.12.1940) und die Strafgesetzzordnung (Decreto-Lei nº. 3.689 von 03.10.1941)

erlassen, aber beide traten erst am 01.01.1942 in Kraft. Damit könnte man auch die Verbindung, besonders zwischen den klassischen und positiven Schulen, sehen.

In der Darlegung der Gründe des Strafgesetzbuches (1980), macht Campos die folgende Überlegung:

In Verbindung mit fast allen der modernen Veränderungen, das Projekt ist weder orthodox noch übernimmt es bedingungslose oder undurchdringliche Kompromisse mit keiner doktrinarischen Schule, die eine Lösung für die Strafrechtsprobleme beanspruchen wollen. Statt einer vollkommenen Politik im Bereich des Strafrechts zu übernehmen, neigt es zu einer Politik von Übereinkunft und Vergleich. Wobei die klassischen Postulaten einer gemeinsamen Sache mit den Prinzipien der Positiven Schule machen.

Und in der Darlegung der Gründe der Strafgesetzzordnung (2012), stellt er klar: “wenn sie (Strafgesetzzordnung) nicht mit der systematischen Einschränkung der öffentlichen Gewalt gleich zieht, dann inspiriert sie auch nicht den Geist eines bedingungslosen Autoritarismus des Staates oder eine systematische Warnung gegen die individuellen Rechte und Garantien”.

Jedoch sind beide Gesetze lebendige Instrumente einer Epoche eines totalitären Regimes und stark von Faschismus durchsetzt, auch von einem bürgerlichen Nationalismus orientiert vom Positivismus, denn die Strafgesetzzordnung, sowie der Besondere Teil des Strafgesetzbuches sind in Brasilien noch immer in Kraft.

Darüber hinaus ist nicht zu vergessen, dass die juristischen Arbeitsreformen durch den ehemaligen Bundestagsabgeordneten (aus Porto Alegre), in der ersten Republik, Lindolfo Collor geführt wurden. Er war ein durch den Positivismus inspirierter Politiker, welcher der erste Arbeitsminister von Getúlio Vargas war und die formelle Struktur des *trabalhismo* gegründet hat. Er hat einschließlich den Erlaß des *Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)*, 1943, veranlasst. Das CLT ist ein Text aus dem *Carta del Lavoro* von Mussolini inspiriert und ist in Brasilien bis heute in Kraft.

Die Diktatur von Vargas wurde erst mit der Wiederdemokratisierung von 1946 beendet, aber Vargas selbst kommt wieder an die Macht (1951-1954), diesmal durch die Volksabstimmung, bis zu seinem Selbstmord 1954.

Nach mehr als 10 Jahren hat Brasilien eine neue Krise, als die Militärs 1964 die Macht aufgrund einer angeblichen moralischen Falschdarstellung des Zeitraums von João Goulart übernehmen. Damit lassen sie die Idee von Augusto Comte durchblicken, um die Wirkung “der Ordnung” wiederherzustellen, obwohl dies nicht verantwortlich gemacht werden kann für die spätere Entwicklung der Taten, unter Strafe einer verhassten Ungerechtigkeit.

Schließlich gründet Getúlio Vargas während des „*Estado Novo*“ die Maßnahme des *decreto-lei*, einer Maßnahme mit der Kraft eines Gesetzes, die durch den Chef der Exekutive erlassen wird, und als Ziel hat die Legislativkraft in seinen

Händen zu konzentrieren, die damals aufgehoben war. Dasselbe Instrument wird auch durch die Militärs ab 1964 benutzt werden.

Die gerichtete Achtung zu diesen Fakten zeigt deutlich den Einfluß des Positivismus auf die Geschichte, die brasilianische Gesetzgebung und auf die Aufnahme seiner Prinzipien durch die Machthaber jeder Zeit. Außerdem sagt Alonso (1995, S.11)

Eigentlich, die Klassifikation in orthodoxen/heterodoxen oder lafiteisten/littristen reicht für den brasilianischen Kontext nicht. Die Annahme des Positivismus in Brasilien hat den doktrinarischen Variablen nicht gehorcht, sondern, vor allem den regionalen, politischen und geistigen Eventualitäten. Im Allgemeinen die Schriften Comtes haben mit der schon gebildeten - oder in Bildung - Denktradition sich in Verbindung gesetzt, und wurden von den Charakteristiken jeder Gruppe, die sie aufgenommen hat, abhängig. Dann wir können sagen, dass es nicht nur einen Positivismus in Brasilien gibt, sondern verschiedene Arten von denen, deshalb sollen sie auf einer pluralistischen Perspektive verstanden werden.

Somit sehen wir, dass die provisorische Republik in Brasilien 104 Jahre gedauert hat, denn erst 1993 hatte das Volk die Möglichkeit zu wählen, durch Plebiszit, am 21.04.1993, welches Regierungsregime (parlamentarische Monarchie oder Republik) und das Regierungssystem (Parlamentarismus oder Präzidentialismus) es in Brasilien haben wolle. Damals hat die Mehrheit der brasilianischen Bevölkerung für die Fortsetzung des republikanischen Regimes entschieden, mit 86% der gültigen Stimmen, und für das präzidentialistische System.

Schließlich ist es wichtig zu erinnern, dass der Comtismus als Voraussetzung die Regierung der Elite hat, während dem Volk nur eine Aufgabe bleibt, und zwar zu arbeiten. Arbeiten ohne etwas zu fordern, ohne sich zu organisieren und ohne zu protestieren, denn nur *die ordentliche Arbeit könne den Fortschritt bestimmen*. Überdies sollte die Politik eine Wissenschaft werden und, dafür, müsste sie auf langen Beobachtungen des Zivilisierungsprozess basieren, sowie auf einer Strukturierung des sozialen Systems, welches solche Erfahrungen erlauben würde.

In dem positiven Staat würde der Altruismus über den Egoismus triumphieren und das in der Macht inthronisierte Bürgertum würde alles machen, um den Klassenkampf verschwinden zu lassen, denn die Schwachen würden die Starken verehren und diese würden wiederum die anderen schützen.

Also, während die Wissenschaft wartet, dient das Recht als ein Instrument für die Vorbereitung des sozialen Bodens, indem die notwendigen Erfahrungen für den Ausbau einer zur Ordnung gerichteten Politik gemacht wird.

Im Bereich des Positivismus bildet die Wissenschaft die positive Philosophie, in dem Sinne dass diese die Phänomene unter Berücksichtigung derer erklärt und interpretiert. Alle nicht geklärten oder nicht verstandenen Phänomene werden gern der Metaphysik, Theologie oder der Wahrheit von Glauben an die positive Philosophie überlassen.

Jedoch ist die Analyse des Rechts hier ein bisschen perverser, wenn wir das Paradigma der Modernität und des Kapitalismus bedenken – die getrennte Wege hatten, obwohl sie in bestimmten Punkten übereinstimmen.

Anfangs ist es notwendig, eine politische Analyse der sozialen Phänomene zu unternehmen. Und der Positivismus gibt hier den wissenschaftlichen Charakter zusammen mit der Entwicklung des liberalen Kapitalismus. Alles ist möglich durch ein staatliches normatives System, das der Positivismus legitimiert und die Rolle des Regulators der sozialen Beziehungen ausübt.

Danach, mit dem organisierten Kapitalismus, dient das Recht für die Formulierung der Prinzipien des Providenzstaats und, damit, verliert es seine Autonomie und seine Rolle als Regulator/Legitimator des Staates. Diese Situation führt das Recht in eine Banalität.

Im letzten Moment (als unorganisierter Kapitalismus genannt) manifestiert sich genau eine Verstärkung des Kapitalismus über dem Staatsprinzip. Also führt der Zusammenbruch des Providenzstaats zu einem Verlust der politischen Rolle des Rechts, zu einer Banalisierung und schließlich zu seiner Unwirksamkeit, denn seine Normen können nicht mehr eine wirksame und fruchtbare Regelung schaffen.

Der positive Staat von Comte hat versagt, aber der Positivismus war fundamental, um das Recht zur Verfügung des Kapitalismus zu stellen und folglich die Festigung des Kapitalismus in einer eigenen, hegemonischen und herrschenden Produktionsweise zu bewerkstelligen.

Aber in Brasilien wurde das Recht durch die Idee der positiven Philosophie derart geprägt, dass es während fast aller Zeiten der Republik eine Position des Rechts gab, aus der viele individuelle Rechte entnommen wurden. Die Pflichten wurden betont, die Vernachlässigung der öffentlichen Politik herrschte und die Gründe dafür werden wir anderenorts sehen.

2 SOZIALE KONFLIKTE UND DER JURISTISCHE POSITIVISMUS IN BRASILIEN

Bei den bis jetzt vorgestellten Daten/Fakten merkt man, dass das Recht dem Staat als Basis für ein System von Ausgrenzung und Unterdrückung diene.

Ab dem Anfang der 80-er Jahre des letzten Jahrhunderts wird Brasilien großen, sozialen Problemen wegen seines Modells vom „Estado mínimo“ entgegnetreten. Ziel des „Estado mínimo“ war auch die Schließung der universellen, sozialen Programme.

So hatte Brasilien verschiedene soziale Probleme vor sich, wie z. B., die Sozialversicherung, die Arbeitslosigkeit, die Ausbildung, unzureichende Altersvorsorge, städtische Kanalisation, Mängel an ärztlicher Hilfe für die Bevölkerung bis zur großen Steigerung der Gewalt und des Elends, Konflikte in der Landwirtschaft, Mängel an angemessenem Wohnraum in den Städten, Korruption,

Mängel einer wirksamen Kontrolle der öffentlichen Finanzen und anderer Strukturprobleme.

Schließlich erreicht die öffentliche Politik ohne Zweifel die schwerste Krise der letzten 50 Jahre.

In den 80-er Jahren sieht man eine zunehmende reduktive wirtschaftliche Analyse bezüglich der sozialen Fragen, welche ab dann nur als bloße Besitzstandsdenkprogramme von Transfereinkommen angesehen wurden. Darunter das „bolsa-família“ und das „bolsa-escola“. Nach einem kurzen Zeitraum soll der Staat gangbare Alternativen und Strategien für eine korrekte Verarbeitung der sozialen Fragen aufzeigen, denn diese können nicht nur als Ziel per se angesehen werden.

Zunächst soll dann die öffentliche Politik eine Reihe von Maßnahmen, die zumindest die Grundlebensbedingungen für die Bevölkerung gewährleisten soll, schaffen und, damit, Themen wie Sozialversicherung, Sozialhilfe, Ausbildung, Gesundheit, Arbeit und Vernichtung des Elends, Wohnung, Verkehr, städtische Kanalisation und Agrarreform fundamental vorantreiben.

Alle diese Themen müssten Teil der Implementierung einer Notagenda in Brasilien sein. Die Relevanz zeigt, dass diese Themen wirkliche nationale Ziele sind und nicht mehr aufgeschoben werden sollten und vielmehr mit einem eventuellen, künftigen, wirtschaftlichen Wachstum verbunden sind, als dass man sie länger aufschieben könnte.

Das Recht hat deshalb eine sehr wichtige Rolle in dieser Situation und sein Verständnis kann nicht mehr von einem dogmatischen Positivismus und seinen Derivaten abhängig sein. Eigentlich ist die brasilianische Rechtsordnung durch tiefe Widersprüche gekennzeichnet.

In der Tat hat die Verfassung von 1988 den Schutz der Bürgerrechte vergrößert und hat erheblich den Schutz bezüglich der Erlangung der vollen Gleichheit der Rechte und Pflichten von Männern und Frauen erleichtert, im Bereich des Verbraucherrechts, des Rechts der Bevölkerung um Gesetzesvorschläge dem Parlament vorzustellen, im Umweltschutz und in der Anerkennung der Rechte Indianer. Dafür ist die brasilianische Verfassung von 1988 als „*constituição cidadã*“ bekannt.

Jedoch bestehen die Rechte, um erfüllt zu werden. Andernfalls können sie falsche Erwartungen der Bevölkerung schüren. Dies könnte nicht nur zu Bestürzung führen, aber auch intensive Revolten in kurzer Zeit auslösen.

Die Verfassung sollte so nicht zu etwas Leerem kommen, denn sie hat eine symbolische und effektive Rolle, um ein neues Rechtsmodell einzuführen. Hinsichtlich Brasiliens war die wirtschaftliche, politische und soziale Reform auf dem Kampf gegen das militärische Regime heraus auf der Suche nach einer Restaurierung eines demokratischen Rechtsstaates aufgebaut.

Ab dem Verfassungstext von 1988 hatte Brasilien die Möglichkeit eines Providenzstaatssystems – ähnlich dem implementierten nach dem Zweiten

Weltkrieg in Europa sozialen Wohlstandsstaat – zu schaffen. Klar ist jedoch, dass eine solche Veränderung die Änderungen der Interessenvieler Leuten nach sich gezogen hätte. Und viele Personen wollten keine Veränderung im vorhandenen System.

Diese in der Verfassung von 1988 gewährten Rechte hatten sich am Ende der 70-er Jahre, Anfang der 80-er Jahre initiiert. So wurden sie langsam und allmählich durch den Druck der sozialen Bewegungen, Entwicklungs-, Demokratische-, Umverteilungs- Reformen implementiert.

Die Bereiche von Wohnung, städtische Kanalisation, öffentlicher Verkehr und Gesundheit liessen weiterhin auf sich warten, während die Bildung durch aufeinander folgende Kontinuitäten und Mängel des politischen Willens zur Implementierung der Reformen des Verfassungstextes gekennzeichnet war.

Die 90-er Jahre sind durch tiefe Krisen im wirtschaftlichen Bereich und die Umleitung der Agenda der Forderungen der Regierung gekennzeichnet, dies sich nach der Außenpolitik richtet und die Regelung des Konsens mit Washington und international, des FMI und der Weltbank anwendet. Damit unterstützt sie die Vorherrschaft des neoliberalen Modells und bricht mit jeder Spur des keyensianischen Paktes, der Politik der vollen Beschäftigung oder des Providenzstaates, der in den Nordstaaten adaptiert wird. Im politischen Bereich beobachtet Brasilien den Anfang der Ära von Fernando Collor und die Reorganisierung der konservativen Kräfte.

Somit wird eine Reihe von gewährten Rechten nochmals überdacht und gegenüber eines internationalen, globalisierten Modells ist die Arbeitsgesetzgebung die erste, die unter den Konsequenzen leidet, die aufgrund des intensiven Versuchs der Unterdrückung der Arbeitsrechten zugunsten einer Marktflexibilisierung und des Wechsels des Staatsprovidenzmodells entstehen, die als eine übermäßige Belastung und als Urheber der Steuerkrise, welche die nördlichen Länder der Welt in Mitleidenschaft zieht und, als Konsequenz, müssen die südlichen Länder eine neue Richtung einschlagen, um die Interessen einer neuen, blühenden Ordnung zu befriedigen.

In Brasilien erreicht die Globalisierung ein unvorbereitetes Land, denn die damalige frische Verfassung beschreibt eine Reihe von sozialen Rechten, die nach dem Verständnis der neoliberalen Agenda nichts anderes als der Ausdruck der Wohlfahrt angesehen werden kann. Damit wird die Auslegung der Verfassung nach der „Estado mínimo“ Idee durchgeführt und nach dieser Auslegung sind die Rechte nichts anderes als Privilegien, die der Regulatorenstaat nicht tolerieren kann und deshalb die Privatisierung der öffentlichen Dienste notwendig macht, um die Haushaltsanpassung zu promovieren und, vor allem, die internationale Agenda zu erfüllen.

Verschiedene sind die Zeichen, welche diese Denkweise zeigen, darunter konnte sich das Emenda Constitucional de Revisão nº. 1, von 01.03.1994 hervorheben, welche den Fundo Social de Emergência gründete und die Beibehaltung durch die nationale Regierung von circa 20% der Sammlung der Mehrheit der brasilianischen Steuern erlaubte, darunter die verknüpften Fonds, in

den Bereichen von sozialer Versicherung, Bildung und Gesundheit. Dies führte zur Wiederkonzentrierung der Steuern, die die Finanzierung der sozialen Politik erschweren machte.

Kurz danach entsteht durch die Implementierung des Plano Real eine Anpassung der brasilianischen Makroökonomie, aber bricht mit der sozialen Entwicklung, weil sie die Kapazität der Intervention des Staates in die Wirtschaft verkleinert, die soziale Ausgrenzung beschleunigt und damit den Arbeitsmarkt erreicht, mit einem Wachstum der Arbeitslosigkeit, der mehr als die Hälfte der Arbeiter in die Informalität führt, ohne jegliche Rechtsgarantie. Dies hat als Folge die Zunahme der Gewalt in den Städten, der häuslichen Gewalt, des Drogenhandels, der Kinderprostitution, des Zerfalls der Familie usw.

Auf der anderen Seite erhöht sich die Notwendigkeit der Steigerung der Zinsen der öffentlichen Schulden extrem und die Nettoverschuldung, die 1994 152 Milliarden Reals betrug (30% des Bruttosozialprodukts) wird sich bis 2002 auf 881 Milliarden Reals (55% des Bruttosozialprodukts) steigern, trotz des Privatisierungsprogramms des Staates, das im Verlauf mehr als 90 Milliarden seines öffentlichen Eigentums veräußerte.

Im sozialen Bereich sieht man die katastrophale Situation der Sozialversicherung für den normalen Arbeiter, denn für das Erreichen des Ruhestands braucht man 35 Jahre wirksamer Beiträge und nicht mehr 35 Arbeitsjahre, oder das Erreichen des Alters von 65 Jahren für die Männer und 60 Jahren für die Frauen, aber nur mit mindestens 180 Beitragsmonaten, gem. Art. 201 § 7º der brasilianischen Verfassung. Damit wird klar, dass die Mehrheit der Arbeiter keine soziale Vergünstigung bekommen werden, denn fast 60% der brasilianischen Arbeiter arbeiten auf dem informellen Markt.

Andere Daten sind auch wichtig, darunter die Tatsache, dass Brasilien ca. 8 bis 10 Milliarden Reals zwischen 1993 und 2002 in Wohnhäuser für die arme Bevölkerung, in städtische Kanalisation investiert und, ab dem Zeitpunkt des Plano Real sich gezwungen sieht, 500 Millionen Reals Zinsen pro Tag zu zahlen, was klar beweist, dass die Investitionen (die in 10 Jahren gemacht wurden) in solchen Bereichen der Zahlung von 20 Tagen Zinsen der internen Schulden liegt.

In Gesundheits- und Bildungsbereichen wird das Problem schlimmer aufgrund der Notwendigkeit der Beachtung des Gesetzes der Finanzverantwortung (Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº. 101, von 04.05.2000)), welche Staatsfinanzenregelungen für die Verantwortung in der Finanzverwaltung aufstellt. Dieses Gesetz hat als Ziel die Minderung des Risikos, welches den Staatsfinanzen schaden könnte. Dies wäre möglich durch die Planung, Kontrolle, Transparenz und Verantwortung der Verwaltung. Damit bestimmt sich, dass die Ausgaben mit Personen nicht die 50% des Nettoergebnisses für die Bundesverwaltung und 60% für die Bundesregionen und Städte überschreiten können. Jedoch sind genau diese Ausgaben mit Personal die höchsten Ausgaben in diesen zwei Bereichen.

So, um den effektiven Investitionsmangel im politisch- und sozialen Bereich zu kompensieren (wie in der originalen Redaktion der brasilianischen

Verfassung), wurden die sog. Transfereinkommensprogramme vergrößert, die zu einem neoliberalen Modell gehörten und gleichzeitig die Idee verkaufen, dass die sozialen Maßnahmen nur den Reichen dienen und damit mit den Regeln brechen, die das Modell des „Estado Mínimo“ unterstützen und das Erreichen der Ziele erlauben, die durch die internationalen Organisationen auferlegt wurden (Internationaler Währungsfonds, Weltbank und WTO). Somit werden universelle, soziale Maßnahmen in eine Art Assistenzialismus konvertiert.

Diese Perspektive hatte sich mit den letzten Regierungen nicht geändert, die bei demselben Assistenzialismus-Modell verblieben. Der Schwachpunkt dieser Wahl erlaubt eine klientelistische Wahlpraktik, welche die politischen Umstände schwächt und den Rückgang der organisierten, sozialen Bewegungen fördert.

Zum Verständnis dieses brasilianischen Prismas durch die Augen des Rechts, ist es zuerst notwendig festzustellen, wie das juristische Wissen in Brasilien gelehrt und wiedergegeben wird.

Heutzutage privilegieren eine große Anzahl der rechtswissenschaftlichen Fakultäten die bloße Praxisbildung, mit einer großen Sorge für den Markt, mit der Umwandlung des aktuellen juristischen Wissens in einem bloßen Verbraucher-Verhältnis, indem die bloße Lösung seiner Fälle reicht, sich *zujurisconsultos* zu ernennen. Dafür nehmen sie die Postulaten des Naturrechts sowie die des Positivismus.

Dementsprechend sind sie mit technischen und verfahrensrechtlichen Aspekten zufrieden, ohne eine effektive Diskussion über die soziale Rolle der Gesetze und der Gesetzbücher zu führen.

Die Vorlesungen werden meistens in einer pädagogischen Massenstruktur gegeben, ohne Dialog und Reflexion der Studenten.

Die Vorlesungen sind „magistrais“, indem normalerweise nur die Professoren sprechen und die Studenten nur hören und Notizen schreiben. Es sind jedoch nur zwei Arten von „aulas magistrais“ erlaubt, besser gesagt, die kelsenianische, die den Inhalt der Bücher reproduziert, welche die Studenten obligatorisch besuchen müssen, lesen und studieren; und der orteguianische, welche auf eine rhetorische Improvisation abzielt, indem der Magister, aufgrund seiner verbalen Virtuosität, die Studenten fasziniert, ohne jedoch das Wissen zu übertragen.

Darüber hinaus sagen Warat und Pêpe (1996, S.68)

[...] die Kritiken richten sich vor allem an die Rechtsschulen, mit dem Versuch die Rolle der offiziellen Bildung als Produzent von Ideen und Glauben zu zeigen, die sich bald in die sozialen Aktivitäten als ein Wert a priori, voller Gewissheiten und Dogmatiken, eingewebt werden sollen. Aus dieser typischen Strategie der Rechtsschulen entsteht ein Handlungs- und Denksystems mehr oder weniger verbreitet und unklar, wobei die Berufungen und Richtlinien trivial angenommen werden; genauer gesagt, bar eine kritische Reflexion der juristischen Theorie und Praxis.

Aus diesen Gründen ist es notwendig, die epistemologischen Grundlagen des Naturrechts und des Positivismus zu überprüfen; den Einfluß dieser philosophischen Meinungen auf das aktuelle Recht und später festzustellen, ob sie im Bereich des Umweltrechts angewandt sein können.

Um diese Diskussion besser zu erklären, nehmen wir das Beispiel der besonderen Diskussion zwischen dem Naturrecht und dem Positivismus im Zeitraum des Endes der Sklaverei in Brasilien.

Damals war die Sklaverei für einige Anhänger des Naturrechts nicht eine natürliche Notwendigkeit, sondern eine Bequemlichkeitsfrage und somit gab es mit dem Ende der Sklaverei keine Notwendigkeit, dem ehemaligen Eigentümer Schadenersatz zu zahlen, denn in dem reinen Naturrecht wurde die Figur des Sklaven nicht akzeptiert. Andere Naturrechter waren mit dieser Denkweise nicht einverstanden, denn sie argumentierten, dass nur das Eigentum der durch die Männer gemachten Arbeit und nicht der Mann selbst zum Schadenersatz berechtigt.

Auf der anderen Seite hatten sich manche Positivisten an die Gesetzestexte gehalten, besonders zur Reichsverfassung (Art. 179 § 22), die den Schadenersatz im Falle der Enteignung von Immobilien gewährte. Und somit würden alle Eigentümer von Sklaven Schadenersatz bekommen können, denn die Verfassung machte keinen Unterschied zwischen Menschen und Sachen, und deswegen auch nicht für die in Bewegung befindlichen sozialen Änderungen in den Institutionen des wohlverworbenen Rechtes und des perfekten Rechtsakts.

Aber andere Positivisten besagen, dass der Staat nur Schadenersatz bezahlen könnte, wenn er die Sache nutzen oder beibehalten könnte, was mit den Sklaven unmöglich war, denn sie würden den früheren Zustand verlassen um die Freiheit zu erlangen.

Damit wurde festgestellt, dass die Naturrechter und Positivisten meistens zum selben Schluss kommen. Das moderne Naturrecht hat als Voraussetzung die Existenz von angeborenen und unveräußerlichen Grundrechten.

Der normativistische Positivismus sieht im Staatsgesetz die einzige Rechtsquelle.

Beide vergessen jedoch auf die Existenz der politischen, kulturellen und wirtschaftlichen Fragen, welche das soziale Denken ergeben. Damit, mit der Behauptung, dass solche Fragen metajuristisch seien, sind sie aus den sozialen Reformen ausgenommen und schaffen eine Reihe von Normen, die ein verschlossenes System aufbauen, das - obwohl von einem formellen Standpunkt aus gesehen sehr kohärent - keine Reflexion über die Realität zulässt, und die Figur des *Dogmas* Vorrang nimmt.

Aber ab dem letzten Jahrhundert wurde der kartesianische Rationalismus durch die Wissenschaftler in Frage gestellt, dass Bachelard einen dialektischen Rationalismus formt, der einen Dialog zwischen Vernunft und Erfahrung vorschlägt. Damit würde er eine Brücke schlagen zwischen den mathematischen Formulierungen und den praktischen Experimenten. Nach dieser Idee wäre die Mathematik nicht ein bloßes Ausdrucksmittel von physischen Gesetzen oder ein

statisches System von Ideen, sondern wäre aufgefordert eine Beziehung zu entwickeln zwischen dem angewandten Rationalismus und der natürlichen Welt.

Aus dieser Perspektive ergab sich keine Sorge mehr bzgl. der Suche einer absoluten Wahrheit, denn der Wissenschaftler wurde jederzeit zur Wiederformulierung seines ganzen Denkens gezwungen. Dies geschieht aufgrund der Tatsache der neuen problematischen Fakten, die im Lauf der Zivilisation entstehen und deswegen würde kein Platz mehr für einen orthodoxen Rationalismus übrigbleiben.

Damit wird bestätigt, dass das Naturrecht und der Positivismus auch noch die Fortsetzung der Diskussionen polarisierten sowie die Art, wie die juristischen Phänomene heutzutage zu sehen sind.

Das Naturrecht richtet seine ideologische Konstruktion nach der Suche einer gerechten Ordnung, während des Positivismus seine Hauptsorge in der etablierten Ordnung hat.

Für den Positivismus ist die soziale Gerechtigkeit gänzlich entbehrlich. Es reicht für sie die Konkretisierung einer sozialen Ordnung die bestimmt, was rechtmäßig oder unrechtmäßig ist. Damit würde die Gerechtigkeit automatisch kommen.

Der Naturechtler andererseits stützt seine Argumentation auf feste Prinzipien, die niemals durch die Gesetzgeber modifiziert werden könnten.

Darüber heben Warat und Pepê (1996, S.59) hervor, dass

[...] die positivistische Theorie eine Art von begrifflichen Realismus – beschreibenden Konzeptualismus – viel näher dem ethischen politischen Konzeptualismus, typisch für das Naturrecht, denn sowohl der beschreibende Konzeptualismus der Positivismus als auch den ethischen, politischen Konzeptualismus der Doktrinen des Naturrechts die soziale Natur der juristischen Bedeutungen, die das Produkt der sozialen Interaktion ist, unterschätzen. Positivismus und Naturrecht sind effektiv zwei analoge Formen, um die Gesetzestexte durch die expressive, rationale Konstruktion lesbar zu machen. Aus dieser Sicht ist der beschreibende Konzeptualismus nichts anderes als ein versteckter, ethischer, politischer Konzeptualismus. Nicht kohärenter ist deshalb, als die Rechtspositivisten und die Naturrechtlern in dieselben ideologischen Gebiete zu stellen.

In dieser Argumentation konstruieren die Positivisten ein voll in der sozialen Ordnung aufgenommenes Recht, ohne zu fragen, wie es durch die herrschenden Gruppen, welche die Gesetze durch die „Staatswege“errichten, etabliert wurde.

Die Naturrechtler denken, dass die dieselben Normen durch ein Kriterium der “Gerechtigkeit” angemessen werden müssen, welche die Legitimität seines Produzenten und des effektiven Inhalts umfasst, aber der Standard für die Rechnung dieser Messung ist nicht ganz bestimmt.

Die Überwindung dieses Schocks zwischen dem Naturrecht und dem Positivismus müsste durch einen dialektischen Prozess geschehen, der die gültigen Voraussetzungen der zwei philosophischen Meinungen hernimmt.

Dementsprechend ist die Lehre von Lyra Filho (1982, S. 24-25, in der Arbeit “Carta aberta a um jovem criminólogo”) richtig, in der er den Begriff von Dialektik erklärt, dass:

[...] der wesentliche Punkt der Dialektik (indem ohne das, wird er proudhonesca) ist die Kategorie der Totalität und die Anerkennung, dass es keine festen Atome gibt. Falls wir jeden Aspekt von Tatsache, Norm und Wert trennen, um sie dann in eine dialektische Interaktion zu stellen, wird sie zum Selbstzweck, weil für die Opposition nur die Fakten dessoziologischen Positivismus, die Werte des metaphysischen Idealismus und die Normen des reinen Staatsvoluntarismus bleiben können oder die Gewohnheitsbildung (der herrschenden Klasse) und die Gerichtsbarkeit der Justiz (die auch nicht über der Aufteilung der Klassen schwebt).

Schließlich beendet der Rechtsphilosoph seine Ausführung: “Das Recht ist keine Sache, auf den Tisch gestellt, als Tatsache für die positivistische Mahlzeit”.

Der Ausgangspunkt für die Bildung eines neuen Modells ist die Rechtssoziologie, die Sorgen mit den sozialen Veränderungen hat, den verschiedenen, normativen Ordnungen, dem Recht der Minderheiten und der durch die herrschende Klasse durchgesetzten Ordnung.

Zu diesem Unterfangen lassen sich auch die Studien der Rechtssoziologie rechnen, die als Gegenstand ihres Studiums die Reflexion des positivierten Rechts in der Gesellschaft haben.

Aber der Ausgangspunkt für die Änderung ist die Analyse des Einflusses der juristischen Aspekte im Gesellschaftsleben.

Somit sagt Lyra Filho (1985, S.64-65):

[...] Der Weg zur Korrektur der Verzerrungen der Ideologie fängt nicht mit der Prüfung, was der Mann über das Recht denkt, an, sondern was er juristisch macht. Könnten wir dann zu einer Dialektik des Rechts nicht als eine bloße psychische Auswirkung in den Köpfen der Ideologen kommen, aber als soziale Tatsache, festen und konstanten Aktionen, welche die psychischen Auswirkungen abfedern [...] Für eine dialektische Auffassung des Rechts müssen wir vorher überprüfen, ob die dialektische Auffassung der Gesellschaft, in der der Staat und das staatliche Recht ein nicht unehrbliches Element sind, nicht sekundär sind.

Deshalb soll das Denken des Juristen, des Richters oder von jedem Betreiber des Rechts heutzutage nicht mit Dogmen, die die Suche für das Richtige und Bewusste stören können, verknüpft werden. Die Dogmatik, egal ob als

Systematisierung der Begriffe oder Methode der Interpretation, darf nicht die Anwendbarkeit eines Prinzips stören.

Übrigens leiden die dogmatischen Bildungen unter dem Risiko, schnell als Gefangene einer formellen Dimension angesehen zu werden, die etwas von der Gesellschaft und dem Existentiellen ausnehmen, weil sie Fakten entfernen bzw. nicht berücksichtigen.

Somit, müssen die soziologischen Aspekte der Fakten, die Identifizierung der beeinflussenden Realität, des juristischen Bewusstseins im Moment der Interpretation und deren spätere Anwendung des Rechts berücksichtigt werden.

Jedoch merkt man in Brasilien, dass der Jurastudent noch eine große Anziehung für die ehemalige, epistemologische Basis hat und sich an den Formalismus und den Positivismus klammert, an die Zeit der Bildung und Konsolidierung des Liberalstaats und auf diese Weise versteht, dass die gesamte Realität durch die positiven Normen nachgewiesen wird. Diese Haltung stellt eine gewisse Bösgläubigkeit (bösen Glauben) oder Künstlichkeit kombiniert mit Naivität dar.

So ist die Meinung von Lyra Filho (1980, S.19) aufschlussreich, didaktisch und voll zutreffend, denn:

[...] neues Recht fordert eine Beobachtung der juristischen Realität, während es durch die Praxis und die Pluralität von Ordnungen, in einer befreienden Perspektive engagiert und mit einem gut definierten, politischen Sinn (SANTOS, 1977: passim) erlassen wird. Ich meine nicht, das ist klar, einen politischen Sektarismus, sondern das Engagement der Geschichte. Ich beziehe mich auch nicht auf die Pluralität „alla“ SANTI ROMANO: die pluralen und konfliktreichen Rechtsordnungen kommen genauso aus einer klassischen Gesellschaft, denn sie existierten vorher nicht und es wird auch vermutet, dass sie auch nachher nicht so bleiben würden. In den primitiven Gemeinschaften hatte die soziale Dialektik der Normen, einschließlich der juristischen, ihren einheitlichen Start, indem ihre Trennung später die Wege der Organisation der asiatischen oder sklavistischen Produktionsmethoden begleiten wird.

Heutzutage können die kantianischen Antinomien nicht tatenlos akzeptiert werden, welche das Wesen der Phänomene trennt bzw. unterscheidet. Das Wesen ist umfassend und verwirklicht sich durch die Geschichte, deswegen ist es in den Phänomenen enthalten und weist dynamische und nicht statische Merkmale auf. Das Recht kann dann nicht durch Dogmas analysiert werden. Das Dogma würde zu einem Problem werden und deswegen ist es notwendig, die bloße Anwendung der formellen Logik zu überwinden, und durch eine Prüfung der Normen und der Konflikte durch ein Prisma der sozialen Dialektik zu ersetzen. Nur durch ein dialektisches Verfahren kann sich das Wesen der Phänomene darstellen. Somit ist der Gegenstand des Rechts die Befreiung aller Personen, mit dem Vertrauen auf die Suche eines sozialen Wohlstands.

Jedoch folgt die Vorherrschaft der positivistischen Ideen im Bereich des brasilianischen Rechts den Begriffen von Ordnung und Fortschritt (*ordem e progresso*), welche die wichtigsten Instrumente von großem Nutzen für die Republikaner bei der Errichtung eines neuen staatlichen Modells geworden sind und deswegen wären sie eine Methode, welche die absoluten und universellen Wahrheiten auszudrücken versucht. Damit taucht die Frage des Rationalismus auf, denn es bliebe kein anderer Weg übrig: entweder die Adaption dieses Wegs oder wir würden uns verpflichten im Chaos zu leben.

So verbindet sich der normativistische Positivismus mit dem Rationalismus für die Bildung eines Begriffs der Disziplinarautorität, im Gegensatz zur den Begriffen von Freiheit und Gleichheit, die nur erreicht werden könnten, wenn die Gesellschaft durch eine Ordnung, ausgerichtet auf Fortschritt, geleitet werden würde.

Außerdem erklärten die Frankfurter, dass die Positivisten Aussagen nur als richtig oder falsch anerkennen würden und wir nur von Wissen/Erkenntnissen sprechen könnten, wenn diese wahr wären und rational bewertet werden könnten. Die Aussagen müssten wissenschaftlich bewiesen und einen beobachtbaren Inhalt vorweisen können.

Damit nehmen die Positivisten einen wissenschaftlichen Kritikstandpunkt ein, indem sie empirisch falsche Postulate entfernen und gleichzeitig alle nicht-kognitiven Überzeugungen ablehnen.

Die durch die Frankfurter entwickelte Theorie erlaubt, dass die Akteure eine Antizipation der Ereignisse vornehmen, ohne diese Situation mit einer Art der Zukunftsvorhersage zu verwechseln.

So werden alle Versuche entkräftet, welche sie den "Futurologen" gleichsetzen möchten, denn die Akteure werden als Personen angesehen, welche diese kritische Theorie aufgenommen haben und damit nach seinen Postulaten aufgrund einer Verpflichtung zur Rationalität handeln und deswegen haben sie sich von den wissenschaftlichen Theorien entfernt, welche in verschiedenen Situationen wissenschaftliche Technologien nehmen, die das rationale Denken konditionieren würden.

Mit dieser kritischen Theorie wird dann eine Selbstreflexion ausgearbeitet, die genauestens den Gegenstand und die Ideologie untersucht, welche ihr zugrunde liegt.

Gleichzeitig wird das Individuum über seine eigene Herkunft reflektieren und Kenntnis über sein eigenes Handeln erlangen. Dies führt es dazu, bestimmte Elemente zu sehen, die bisher unbewusst oder durch falsche Überzeugungen (Ideologien) geprägt waren.

Jedoch wird die Frankfurter Schule in sich selbst zu einem Ende kommen und um dieses Ereignis zu verstehen ist es notwendig seine historischen Kontext zu erklären.

Ferner stellt sich die Frankfurter Schule als ein einheitliches Denken zwischen ihren Anhängern dar, denn es gibt viele verschiedene Philosophien darunter, von jedem innerhalb seines Gebietes, mit großen, intensiv persönlichen sowie theoretischen Konflikten, von denen viele nicht geäußert wurden.

Damit wird deutlich, dass die Ideale der Frankfurter Schule sich auch nicht komplett konkretisiert hatten, denn der Versuch, die Gesellschaft als einen monolithischen Block und den Wechsel (s.h. die Veränderung) als die einzige und vollständige Alternative für die Gesamtheit der Gesellschaft zu sehen hat keine Möglichkeit einer Konkretisierung mehr, aufgrund der Komplexität, welche die globalisierte Welt mit sich bringt.

Boaventura de Sousa Santos setzte die Debatte der Kritik der Modernität durch einen neuen Ansatz fort, diesmal, im Bereich der Postmoderne und hatte als Ziel, eine Kritik der kritischen Theorie der Postmoderne zu unternehmen.

Somit lässt er von der Möglichkeit der Bildung einer allgemeinen oder gemeinsamen Theorie ab und schlägt eine Theorie der Übersetzung vor, welche es erlaubt, die verschiedenen Prinzipien der sozialen Transformation zu lesen und zu sehen, mit der Identifizierung der vorherrschenden Unterdrückungen und Bestrebungen.

Dieses Denken hat auch als Ziel, die Begriffe: Kapitalismus/Sozialismus, Imperialismus/Modernisierung und Revolution/Demokratie zu überwinden, die durch die Begriffe von post-industrieller Gesellschaft, Informationsgesellschaft, Globalisierung, Konsens von Washington, Teilnahme, Nachhaltige Entwicklung, u.s.w ersetzt worden waren.

Am Ende stellt sich heraus, dass die Herrschaft des Globalismus die moderne Wissenschaft zur Regulierung des Wissen verurteilt hat, was die Vernichtung etlichen Wissens zur Folge hatte. Die Theorie der Übersetzung möchte das hergestellte Schweigen identifizieren, schlägt die Verstärkung der vielen Stimmen der Unterdrückten vor, der Ausgeschlossenen, des sozialen Schweigens, mit dem Nachhallen der Klänge von der Soziologie der Abwesenheit und erlaubt so die selbstüberlegende Analyse, die Bildung eines emanzipatorischen Wissens.

In der Tat hat der Mensch die Fähigkeit, die eigene Umwelt für sein eigenes Nutzen zu verwandeln. Außerden kann er Kultur schaffen und die Natur verändern.

Jedoch muss man für die Bildung dieses neuen Denkens klar die methodologische Unabhängigkeit der sozialen Wissenschaft vor Augen haben, die nach der Meinung von Santos (1996, S. 22)

[...] wird immer eine subjektive Wissenschaft sein, nicht objektiv wie die Naturwissenschaften. Man muss die sozialen Phänomene im Zusammenhang mit den Geisteshaltungen und dem Sinn, den ihre Akteure zu ihren Handlungen bewegten, verstehen, deswegen ist die Anwendung von anderen Untersuchungsmethoden und selbst anderen epistemologischen Kriterien notwendig, als von den in den Naturwissenschaften angewendeten Kriterien, qualitativer Methoden anstatt quantitativer, mit dem Ziel, eines intersubjektiven,

beschreibenden und umfassenden Wissens, statt eines objektiven, erklärenden und nomothetischen Wissens zu erreichen.

Aber bei den heutigen Krisen kann man feststellen, dass anders als bei den vorherigen Krisen, welche die Menschheit in der verschiedenen Epochen verwüstet hatten, die aktuellen nicht nur einen Faktor zur Bestimmung haben.

In der Tat, aufgrund der Komplexität der heutigen Welt, kann man feststellen, dass diese Krisen durch eine Reihe von Faktoren entstehen, die auf die lebenswichtigen Anforderungen und die sozial-politische Organisation antworten.

Die aktuellen Modelle zeigen, dass wir in eine Konfliktwelt leben, die auf eine Krise der Wahrnehmung hindeuten, die beispiellose soziale, wirtschaftliche, politischen Probleme betreffen.

So kann man feststellen, dass man z. B. nur mit einer Verringerung der Armut eine Stabilisierung der Bevölkerung erreichen kann, oder dass es eine Verringerung der Luftverschmutzung und eine Minderung des Risikos für die Gesundheit der Menschen nur dann geben kann, wenn man die Qualität der zu verbrauchenden Wassers und der Lebensmittel garantiert. Aber das alles braucht ein Wandel in den Produktionsmitteln und des Konsums und des Verhaltens der Gesellschaft selbst.

In einer letzten Analyse müssen diese Probleme genaugenommen als verschiedene Facetten einer einzigen Krise angesehen werden. Außerdem ist die Wahrnehmung der Totalität eine Wahrnehmungskrise, denn es sind verschiedene Wahrnehmungen, die rivalisieren und es dadurch ermöglichen eben diese zu überwinden.

Zunächst muss man beobachten, dass das wissenschaftliche Wissen auch heute noch als Selbstwissen dargestellt wird. Damit ist Wissenschaft zu betreiben nichts anders als sich, die anderen und die Welt zu erkennen.

Ferner ist wichtig anzuerkennen, dass die Wissenschaft, sowie das Gesetz, nicht über eine vollständige, fertige und unkontroverse wahres Wissen(Erkenntnis) verfügt, was es notwendig machen würde den allgemeinen Konsens, das Praxis- und vulgär- Wissen zu fördern.

Dazu erklärt Santos (1996, S. 56),:

[...]der Konsens neigt dazu, eine mystifizierte und rätselhafte Erkenntnis zu sein, die aber trotzdem und obwohl sie konservativ ist, hat er eine utopische und befreiende Dimension, die durch den Dialog mit der wissenschaftlichen Erkenntnis vergrößert werden kann.[...]

Der Konsens promoviert das Treffen zwischen Ursache und Absicht; unterliegt einer Sicht der Welt, der Handlung basierend auf dem Prinzip der Kreativität und der individuellen Verantwortung. Der Konsens ist praktisch und pragmatisch; er ergibt sich in Verbindung mit den Wegen und Erfahrungen einer bestimmten sozialen Gruppe und in dieser Kommunikation bestätigt er sich als zuverlässig und sicher. Der Konsens ist transparent und offensichtlich; vertraut nicht der Opazität der technologischen Ziele und glaubt nicht an die Esoterik der Kenntnisse im Namen des Prinzips der Gleichheit des Zugangs zum Diskurs, der kognitiven und sprachlichen

Zuständigkeit. Der Konsens ist oberflächlich, weil er den Strukturen keine Wichtigkeit schenkt, die jenseits des Bewusstseins sind. Aber genau aus diesen Gründen ist er exemplarisch, die horizontale Tiefgründigkeit der bewussten Beziehungen zwischen Personen und Personen und Sachen einzufangen.

Das Denken der Postmoderne braucht eine Imprägnierung von Konsens, denn nach der Meinung von Santos (1996, S. 57) ist:

[...] Die postmoderne Wissenschaft, in all ihrer Freundschaft mit dem Konsens, verachtet nicht das Wissen, welches die Technologie hervorbringt, aber versteht, dass so, wie das Wissen sich zur einem Selbstwissen verwandeln soll, die technologische Entwicklung sich in Lebensweisheit konvertieren soll.

Schließlich ist es noch notwendig zu sagen, dass es Lösungen für die Hauptprobleme unserer Zeit gibt, einige von ihnen sogar einfach, aber es bedarf einer radikalen Änderung in unseren Wahrnehmungen, unserem Denken und unserer Werte.

Die heutige Gesellschaft lebt mit Systemen von Ungleichheiten und Ausschlüssen, die durch die Verstärkung des weltweiten Kapitalismus verschärft werden.

Nach Santos (1999, S. 1-4) koexistieren die modernen Gesellschaften mit emanzipatorischen Prinzipien, welche von Gleichheit und sozialer Integration zeugen und Prinzipien der Ungleichheit und des Ausschlusses. Seiner Meinung nach:

Während das System der Ungleichheit paradoxerweise auf dem Essentialismus der Gleichheit aufgebaut ist (z.B. der Arbeitsvertrag ein Vertrag zwischen gleichen und freien Parteien ist), basiert das System des Ausschlusses auf dem Essentialismus des Unterschieds, auf einer Verwissenschaftlichung der Normalität und deshalb, des Interdikts, oder der biologischen Determinierung der Rassen- und sexuellen Ungleichheit.

Die sozialen Praktiken, die Ideologien und die Haltungen kombinieren die Ungleichheit und den Ausschluss, die untergeordnete Mitgliedschaft, die Ablehnung und das Interdikt. Ein System der Ungleichheit kann, wenn auch grenzwertig, mit einem System des Ausschlusses verbunden sein. Das ist wie das Kastensystem in Indien und der Ausschluss des Parias oder der Unberührbaren.

Sowohl die Ungleichheit als auch der Ausschluss können verschiedene Grade haben. Der extremste Grad des Ausschlusses ist die Vernichtung: Die Vernichtung der Juden und Zigeuner im Dritten Reich, oder bspw. die ethnischen Säuberungen von heutzutage. Der extremste Grad der Ungleichheit ist die Sklaverei.

Zusammenfassung

Nach alledem was hier gesagt wurde kann man festhalten, dass die Umweltfrage durch das Prisma der Interdisziplinarität angesehen werden muss und die Soziologie der Abwesenheiten und der Extremsituationen erlaubt eine kritische Analyse des Themas, mit dem Ziel, den positivistischen, dogmatischen und mechanischen Rechtsblick überzuwinden.

So muss eine ökologische, ausgewogene Gesellschaft, um die Verfassungsprinzipien zu beachten, auf eine andere Struktur aufgebaut sein, die als tragende Basis die demokratische Debatte hat; den Austausch von Informationen erlaubt; welche die kulturellen Verschiedenheiten respektiert; mit Förderung einer einheitlichen Gemeinschaft; mit der Förderung des klugen Konsums, der Produktion mit Materialien von längerfristiger Lebensdauer; mit der Wiedergabe eines stabilen Wirtschaftsmodells, indem die Individuen durch die Arbeit integriert sind und es keine Unterschiede zwischen dieser Zeit und der freien Zeit gibt; der die Verachtung für die manuelle/handwerkliche Herstellung verhindert; Verteilung des Wissens, der Kenntnisse und der Information; kulturelle Integration; Förderung der Arbeit als ein Genuss und es erlaubt ein gerechten Lohn zu erhalten für den Wohlstand aller; ein Programm für das Bevölkerungswachstum, der die Reduktion der Luftverschmutzung progressiert, die gerechte Verteilung und Besetzung des Grund und Bodens, sowie die passende Kontrolle der nicht erneuerbaren, natürlichen Ressourcen; die Verfügung technologischer Ressourcen zur Erhaltung von Flora und Fauna; die Festlegung von Grenzwerten für den ökonomischen Kapitalwachstum der es erlaubt, dass die Wissenschaft und die Technologie zur Verfügung für alle nach individuellem Glück Strebenden bereit gestellt werden können.

Die Herausforderung zu einer breiten Diskussion, der wir für die Überwindung der Krise der traditionellen Paradigmen und der durch das Recht gestellten Dichotomie privat/öffentlich, entgegnetreten müssen, wurde eröffnet. Überdies muss diese Dichotomie durch die Bildung von neuen Mechanismen überwunden werden. Diese Mechanismen müssen die transindividuellen Interessen berücksichtigen und den Phänomenen der Globalisierung sowie der Einmischung von außen, den physischen oder kulturellen Interventionen von einem Volk über ein anderes, mit dem Ziel einer territorialen Herrschaft oder eines wirtschaftlichen Jochs, entgegnetreten können.

Die Institutionen müssen ihren Blick auf die Straße richten. Die Notwendigkeiten der Bevölkerung sehen und für die Verminderung der Abstände, der Konflikte zwischen den erlassenen Gesetzen und den Bestrebungen derjenigen, die Erwartungen durch die Dynamik der sozialen Interaktion haben, kämpfen. Dafür ist der Kampf massgeblich für die Implementierung des Zugangs zum Recht, der es jedem ermöglicht, sein Recht einzufordern und seine Konflikte zu lösen.

Literaturverzeichnis:

ALONSO, Angela. **O positivismo de Luís Pereira Barreto e o Pensamento Brasileiro no Século XIX**. Coleção Documentos. Série Teoria Política. IEA/USP, São Paulo, v. 09, 1995.

BRASIL. Decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**(Das Strafgesetzbuch). São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **Decreto-lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal (Der Strafgesetzzordnung). São Paulo: Saraiva, 2012.

COMTE, Augusto. Curso de filosofia positiva. In: **Auguste Comte** - seleção de textos de José Arthur Giannotti; traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978a. (Os pensadores).

_____. Catecismo Positivista. In: **Auguste Comte** - seleção de textos de José Arthur Giannotti; traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978b. (Os pensadores).

HEGEL, G.W.F. **Fenomenologia do Espírito**. 5. ed. Tradução Paulo Menezes. Petrópolis: Vozes, 2008.

LINS, Ivan. **História do Positivismo no Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1967.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Borges de Medeiros de 1933** - Um estudo de direito comparado. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 47 n. 188 out./dez. 2010, S. 93-111.

LYRA FILHO, Roberto. *Para um direito sem dogmas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1980.

_____. **Carta aberta a um jovem criminólogo**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1982.

_____. **O que é direito?** 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Trad. Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2004.

MILL, John Stuart. Sistema de lógica dedutiva e indutiva. In: **Jeremy Bentham/John Stuart Mill**. seleção traduzida por J.M.Coelho, 2. ed., Abril Cultural. São Paulo, 1979. (Os pensadores)

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social: Ensaio sobre a Origem das Línguas**; Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens. Seleção traduzida por Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Os pensadores).

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 8. ed. Porto: Afrontamento, 1996.

_____. **A construção Multicultural da Igualdade e da Diferença**. Coimbra: Ces. Oficina nº. 135, 1999.

TORRES, João Camillo de Oliveira. **O Positivismo no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1957.

WARAT, Luís Alberto; PÊPE, Albano M. Bastos. **Filosofia do Direito uma introdução crítica**. São Paulo: Editora Moderna, 1996.

Autores convidados

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DIFUSO E CONCENTRADO EM MATÉRIA TRABALHISTA NAS PERSPECTIVAS DA OIT E DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

THE BROAD AND NARROW CONVENTIONALITY CONTROL ON LABOR LAW MATTERS THROUGH THE PERSPECTIVE OF THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION AND OF THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM

Silvio Beltramelli Neto¹
Cesar Henrique Kluge²

Sumário: Considerações iniciais. 1 O controle de convencionalidade e suas modalidades. 2 O controle de convencionalidade a partir das normas e mecanismos da OIT. 3 As relações de trabalho dentro dos demais sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. 4 Panorama do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. 5 Controle de convencionalidade em matéria trabalhista na perspectiva do Sistema Interamericano. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente artigo coloca em voga o controle de convencionalidade como ferramenta metodológica voltada à necessária interlocução estável e permanente entre normas nacionais e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, aplicada às relações de trabalho, com vistas à obtenção de incremento dos espaços de resistência às violações à Dignidade da Pessoa Humana no desempenho da atividade laboral. Para tanto, o estudo parte da apresentação do controle de convencionalidade e de suas modalidades, lançando-se ao exame dos contornos, limites e potencialidades de sua utilização à vista das normas e mecanismos postos à disposição pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), organismo por natureza especializado no tema, e pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, terreno que vem se mostrando propício ao desenvolvimento da matéria, dentro de padrões civilizatórios.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Direitos humanos. Relações de trabalho. OIT. Sistema Interamericano.

Abstract: The present article enlightens about the conventionality control as a methodological tool focused on the necessary stable and permanent dialogue between domestic Law and International Human Rights Standards applied to labor affairs, in order to increase the resistance to violations of human dignity during the exercise of labor activity. For this purpose, the article first presents the conventionality control and its types and then examines the contours, boundaries and potentialities of its usage in light of the standards and

¹ Professor de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Membro do Ministério Público do Trabalho (Procurador do Trabalho em Campinas/SP). Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Autor do livro “Direitos Humanos”, publicado, em 3ª edição, no ano de 2016, pela Editora Juspodivm. E-mail: silvio.beltramelli@puc-campinas.edu.br.

² Membro do Ministério Público do Trabalho (Procurador do Trabalho em Uberlândia/MG). Especialista em Direitos Humanos e Trabalho pela Escola Superior do Ministério do Público da União. Especialista Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura. E-mail: chkluge@hotmail.com.

mechanisms laid out by the International Labor Organization (ILO), agency naturally expert on labor affairs, and the Inter-American Human Rights System, a breeding ground proven to be suitable for development of this subject by civilizing standards.

Keywords: Conventionality Control. Human rights. Labor Affairs. ILO. Inter-American System.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O controle de convencionalidade é instrumento jurídico a serviço do incremento da proteção da Dignidade da Pessoa Humana, a partir do exame da compatibilidade das normas nacionais com aquelas que integram o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Trata-se de ferramenta metodológica³ que, embora consolidada no âmbito dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, ainda é, como se pretende demonstrar a seguir, subutilizada pelos agentes estatais brasileiros, sobretudo nas instâncias judiciais, realidade que se pensa resultante de uma vetusta, porém ainda muito presente, resistência à integração completa entre o ordenamento jurídico nacional e o Direito Internacional. Esse déficit alcança os litígios laborais, em que pese a Justiça do Trabalho, conforme adiante evidenciado, não ignorar a existência do controle de convencionalidade, tendo-o aplicado, pontualmente.

O presente artigo intenta, pois, contribuir para a expansão do conhecimento acerca do controle de convencionalidade e, conseqüentemente, de sua aplicação estável e permanente (não episódica), com vistas ao robustecimento da proteção do trabalho decente. Para tanto, o estudo, partindo da apresentação do instituto e de suas modalidades, lança-se ao exame dos contornos, limites e potencialidades de sua utilização à vista do arcabouço normativo e dos mecanismos postos à disposição pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e pelos órgãos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Justifique-se, de antemão, a opção pela análise da OIT e do Sistema Interamericano. Primeiramente, a OIT é tradicional organização transnacional de natureza especializada na atividade laborativa, consagrada à luz de uma existência histórica profícua em matéria de Direito Internacional aplicado ao trabalho. De seu lado, o Sistema Interamericano vem se delineando, como se pretende demonstrar, espaço alternativo à OIT propício para o desenvolvimento da tutela dos interesses de índole laboral, com o diferencial de ser mais acessível às vítimas de violações, seus representantes e outras entidades que não apenas as sindicais. De mais a mais, o Estado brasileiro rende contas a ambas as dimensões institucionais de proteção dos direitos humanos.

³ Emprega-se a expressão “ferramenta metodológica” com sentido de procedimento de análise e decisão orientada à “solução de questões jurídicas no contexto e com base em um ordenamento jurídico determinado, historicamente constituído”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 1.

1 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUAS MODALIDADES

O controle de convencionalidade consiste no “processo de compatibilização vertical (sobretudo material) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais em vigor no Estado”,⁴ que importa no exame de compatibilidade de uma norma nacional em face de uma norma internacional, com vistas ao cumprimento pelo Estado Legislador das obrigações assumidas internacionalmente. Cuida-se de um conceito desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no desempenho de suas atividades jurisdicionais contenciosas (julgamento de casos), dentro do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, erigido no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA).⁵ Originalmente, portanto, tal exame de compatibilidade foi levado a efeito na seara internacional.

Uma postura contrária à apreciação de norma interna por órgãos internacionais pode classificar a hipótese como sendo de agressão à soberania e de usurpação da competência do Poder Judiciário local para o controle de constitucionalidade.

É certo, todavia, que as Cortes internacionais não examinam a compatibilidade de uma norma nacional com a Constituição do Estado em que se produziu, mas a consonância entre a norma nacional e as normas internacionais, sobretudo as convenções internacionais. Não se trata, pois, de controle de constitucionalidade.

Na perspectiva do controle de convencionalidade, a produção de leis é um dos diversos instrumentos estatais que podem servir tanto para promover e proteger os direitos humanos, quanto para afrontá-los. Desse modo, o ato nacional de legislar apresenta-se, para os órgãos internacionais, como um fato (ato do Estado) que deve ser analisado, como qualquer outro dos escalões dos Três Poderes, à luz das normas internacionais de direitos humanos.⁶ Isto porque o Direito Internacional dos Direitos Humanos consagrou, com fulcro no Princípio da Boa-Fé no Direito Internacional,⁷ o cânone segundo o qual aos Estados Partes não é dado isentarem-se do cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos sob a alegação de suposta

⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 244.

⁵ Para compilado da jurisprudência que desenvolveu o controle de convencionalidade em seus diversos aspectos, *vide* CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º 7: Control de Convencionalidad**. San José da Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

⁶ PETERK, Sven. Doutrinas Gerais. In: PETERK, Sven (Coord.). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público do União, 2009, p. 144.

⁷ Corroborado pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, *in verbis*: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

incompatibilidade com normas ou princípios de direito interno,⁸ incluindo-se a Constituição.⁹

Essa ferramenta proporciona o que Guerra denomina “duplo controle de verticalidade”, consubstanciado na possibilidade de aferição da consonância de uma norma doméstica tanto em relação à Constituição quanto ao Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Poder Judiciário nacional e pelos órgãos internacionais, respectivamente.¹⁰

Tal quadro abre espaço para que, acerca de determinada lei, um exame de constitucionalidade feito pela autoridade nacional competente possa ir de encontro ao controle de convencionalidade dessa mesma lei pelo tribunal internacional, haja vista que os parâmetros de compatibilidade são distintos (Constituição e normas internacionais, respectivamente).¹¹

Na realidade, o que deve ocorrer é justamente o contrário, isto é, de modo a evitar que os tribunais internacionais sejam levados a exercer o controle de convencionalidade em face de normas domésticas, é imperioso que os juízes, nas respectivas searas nacionais e dentro de suas competências (material e territorial), já pratiquem esse juízo de convencionalidade, na medida em que o Direito Internacional dos Direitos Humanos integra o ordenamento jurídico interno (no caso do Brasil, por força sobretudo do § 2º do art. 5º da CF).

Tal constatação evidencia que o exercício do controle de convencionalidade pode se verificar tanto na dimensão internacional como na da doméstica, distinção reveladora de suas modalidades concentrada e difusa.

O controle concentrado ou internacional de convencionalidade dá-se no âmbito de um órgão internacional de proteção de direitos humanos. É certo que a

⁸ A este respeito, *vide* o art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e os arts. 1º e 2º do Protocolo de San Salvador, no âmbito da OEA, bem como o art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no marco da ONU. Por todos, transcreva-se o art. 2º da CADH: “Artigo 2º – Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

⁹ Explica MAZZUOLI que, em estando a aplicação dos tratados de direitos humanos submetida ao princípio *pro homine*, seu exercício tem lugar “em detrimento até mesmo da Constituição do Estado, sempre que a norma em causa for mais benéfica ao ser humano sujeito de direitos”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**, cit., p. 247.

¹⁰ GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 179.

¹¹ Exemplo paradigmático é o caso brasileiro da L. 6.683/79 (“Lei de Anistia”), objeto da ADPF n.º 153, perante o STF, e do Caso Gomes Lund e Outros *vs.* Brasil (“Guerrilha do Araguaia”), perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), demandas que chegaram a tramitar concomitantemente. Na ADPF, que pretendeu dar ao art. 1º da referida lei interpretação conforme à Constituição Federal, de modo a excluir do benefício da anistia os agentes do regime militar que tenham praticado crime à época da ditadura, o STF, por maioria de votos, manteve o entendimento segundo o qual tais agentes também foram abarcados pelo beneplácito legal. Já a Corte IDH, meses depois, sufragou posicionamento já firmado em outros casos, declarando, entre os fundamentos de sua sentença, a incompatibilidade da Lei de Anistia brasileira com as normas interamericanas de direitos humanos aplicáveis ao Brasil.

análise de compatibilidade entre norma interna (incluída a de índole constitucional¹²) e norma internacional incumbe a quaisquer dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, com a distinção relativa apenas à natureza da apreciação,¹³ própria do tipo de manifestação de cada órgão: consultiva, sem litígio instaurado; quase judicial, declaratória e recomendatória, mas sem força de sentença, como ocorre com os Comitês das convenções da ONU e com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos; e judicial, própria da jurisdição de que são dotadas a Corte Internacional de Justiça (ONU) e a Corte IDH (OEA). Não poderia ser de outro modo, considerando-se que multiplicidade de sistemas e órgãos internacionais deve ser entendida em sentido de cumulação, consentâneo com a força expansiva inerente aos direitos humanos.¹⁴

Entretanto, considerando-se que o processo internacional rege-se pelo pressuposto da subsidiariedade, o controle concentrado de convencionalidade tem lugar apenas na falha das instituições nacionais do Estado em realizar a mesma perquirição, razão pela qual, em termos de efetividade do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é desejável que já no plano doméstico seja a convencionalidade aferida.

A vinculação dos juízes nacionais à aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos é objeto de recorrente jurisprudência da Corte IDH, em julgamentos de casos contenciosos, tendo acarretado a concepção de *controle difuso ou nacional de convencionalidade*. Segundo tal classificação — admitidamente inspirada na distinção clássica de Direito Constitucional sobre os tipos de controle de constitucionalidade¹⁵ —, o controle de convencionalidade difuso deve ser exercido pelos magistrados do Poder Judiciário local, aos quais incumbe, primeira e preferencialmente, examinar, *ex officio*, a compatibilidade de determinada norma doméstica com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, deixando de aplicá-la, no âmbito da demanda sob jurisdição, na hipótese de desconformidade.

Reconheça-se, ademais, como faz Sarlet, que o controle difuso de convencionalidade incumbe, igualmente, aos Poderes Legislativo e Executivo em face de suas decisões, não se afigurando uma apuração exclusivamente jurisdicional.¹⁶

¹² Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Boyce y otros Vs. Barbados**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 20 de novembro de 2007, parágrafos 77-80. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

¹³ Distinção empregada em RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.

¹⁴ ALVES, J. A. Lindgren. **Os Direitos Humanos como Tema Global**. São Paulo: Editora Perspectiva, Funag; 1994, p. 75.

¹⁵ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010, Voto Arrazoado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (juiz *ad hoc*), parágrafo 21. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Controle de convencionalidade dos tratados internacionais. **Consultor Jurídico**, abr./2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controlado-convencionalidade-tratados-internacionais>>. Acesso em: 24 set. 2016.

Ilustrativamente, citem-se as seguintes passagens em que a Corte IDH consolida a imputação aos juízes nacionais da importante e estratégica missão de fazer valer os comandos internacionais de proteção dos direitos humanos, não apenas quanto aos tratados, mas também quanto ao costume e à jurisprudência internacional:

Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” das normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não apenas o tratado, mas também a sua interpretação, conferida pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.¹⁷

Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a essa, o que os obriga a velar para que o efeito útil da convenção não se veja mitigado ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e finalidade. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não só um controle de constitucionalidade, mas também “de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Interamericana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regras processuais correspondentes.¹⁸

Aliás, a Corte IDH, *per se*, já reconhece que o controle difuso de convencionalidade não deve dizer respeito apenas às normas do Sistema Interamericano, mas a qualquer disposição internacional de direitos humanos.¹⁹

O controle de convencionalidade difuso não se limita a admitir ou não a adequação de uma norma nacional em face dos tratados internacionais, em um juízo binário (positivo ou negativo). Para além disso, esse controle admite e até propõe, *prima facie*, a aplicação alinhada às convenções internacionais e à sua interpretação jurisprudencial, quando o caso permite. Trata-se do instituto da “interpretação conforme”. Sob tal prisma, se possível no caso concreto, a interpretação conforme se afigura importante instrumento para ser utilizado não apenas tendo como parâmetro o texto constitucional, mas também as normas e jurisprudências internacionais de Direitos Humanos a que se submete o Estado.²⁰

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano vs. Chile**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006, parágrafo 124. Tradução livre. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Aguado Alfaro e Outros vs. Peru**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006, parágrafo 128. Tradução livre. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

¹⁹ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gudiel Álvarez e outros – “Diario Militar” Vs. Guatemala**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 novembro de 2012, parágrafo 330. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

²⁰ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, op. cit., parágrafo 36; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Radilla Pacheco Vs. México**. Exceções

De fato, o controle de convencionalidade difuso não é desconhecido da prestação jurisdicional brasileira. A Justiça do Trabalho é pioneira na adoção dessa ferramenta metodológica, como se verá adiante. No âmbito do STF, a contemporaneidade do tema foi afirmada por diversos Ministros, no julgamento da ADI n.º 5.240/SP, relativa à constitucionalidade de provimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca das chamadas “audiências de custódia”. Todavia, trata-se de um manejo seletivo e absolutamente pontual, como se nota da atividade jurisdicional da mais alta Corte do País.

A propósito, em favor do exercício integral do controle difuso de convencionalidade, há que se compreender que seu manejo não se exaure na simples citação do texto normativo internacional, sendo fundamental que se considerem os padrões exegéticos fixados, nos níveis consultivo e contencioso, pelos órgãos internacionais de monitoramento, verdadeiros responsáveis por uma interpretação especializada das normas internacionais convencionadas e consuetudinárias.²¹

A respeito do diálogo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, adverte Carvalho Ramos que a repercussão, no STF, de decisões internacionais de órgãos aos quais presta contas o Brasil é praticamente nula, não sendo habitual, por exemplo, que o Excelso Pretório considere a jurisprudência da Corte IDH em matérias pertinentes,²² algo a se lamentar, na medida em que o controle de convencionalidade exercido pela autoridade nacional competente para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, além de altamente desejável, poderá consubstanciar hipótese cujo resultado se assimilará ao da declaração de “não convencionalidade” proferida pelo tribunal internacional em relação à norma contrária ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, com o benefício de se evitar a responsabilização internacional do Estado por violação.²³

A seletividade e pontualidade do escasso exercício do controle de convencionalidade pelas instâncias estatais brasileiras em casos de greve violação de direitos humanos que o comporta — como verificado, *v.g.*, no caso da apreciação da Lei de Anistia brasileira pelo STF (ADPF 153) —, acaba por resultar no descumprimento do dever estatal de respeito, proteção e promoção dos direitos humanos. Este triplo ônus encontra-se espreado por todo o Direito Internacional dos Direitos Humanos como pressuposto consolidado. A Convenção Americana sobre

Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009, parágrafo 338. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016; e CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Filhas Vs. Chile**. Mérito, Reparações y Custas. Sentencia de 24 de fevereiro de 2012, parágrafo 284. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

²¹ Nesta linha, cf. RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104. Jan/dez 2009, p. 245.

²² *Ibidem*, p. 281.

²³ Imagina-se que esta constatação tenha inspirado MAZZUOLLI a qualificar como controle concentrado de convencionalidade aquele desempenhado pelo STF, em vista de decisão definitiva com efeitos *erga omnes*. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Controle de convencionalidade – um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013 p. 34. Não obstante, a opção deste artigo é pela reprodução da terminologia adotada pela Corte IDH, idealizadora do instituto.

Direitos Humanos (CADH), promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 978/92, é exemplo de tratado que explicita e positiva a noção do dever de respeito, proteção e promoção dos direitos humanos, o fazendo já nas disposições inaugurais (art. 1.º), ao mencionar o “dever de respeito e garantia”.²⁴ Note-se que o anteriormente citado art. 2.º da CADH denota a vasta amplitude do dever em questão, de modo a alcançar até mesmo a atuação legislativa, porquanto, impõe, de modo literal, ao Estado Parte a obrigação de compatibilizar seu ordenamento jurídico doméstico aos ditames da própria Convenção. Em iguais termos encontram-se vinculadas, portanto, as instâncias administrativas e judiciárias.²⁵

Outra não pode ser a conclusão, à vista do ordenamento jurídico pátrio, na medida em que a Constituição Federal orienta o Estado brasileiro a se alinhar, no plano internacional, com a salvaguarda dos direitos humanos, determinando que o Brasil reja-se, em suas relações internacionais, pelo princípio da prevalência desses direitos (art. 4.º, II), que subordina toda a política externa brasileira e as normas correlatas ao controle legislativo e judiciário.²⁶ Demais disso, voltado a instrumentalizar, internamente, a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais brasileiras, o § 2.º do art. 5.º da Constituição expressamente contempla os tratados internacionais como normas que estabelecem o rol aberto de direitos declarados pelo art. 5.º e em todo Título II, dotando-os de posição de destaque dentro da ordem jurídica nacional. Também a Emenda Constitucional n.º 45/2004 pretendeu intensificar o comprometimento do Estado brasileiro com as normas internacionais de direitos humanos, ao inserir os §§ 3.º e 4.º no mesmo art. 5.º.

Não há dúvida de que essa feição constitucional inspiradora da submissão do Brasil aos sistemas internacionais de proteção advém da necessidade de legitimação política e jurídica da democracia representativa, que teve lugar após o período ditatorial que durou entre 1964 e 1985, concretizada pelo compromisso irrestrito com a linguagem dos direitos humanos.²⁷ Compromisso tal que retira a pertinência da eterna e inconclusiva dicotomia monismo/dualismo aplicada ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, sobretudo em virtude da vigência do princípio internacional da prevalência da norma mais favorável ao ser humano (*pro homine*).²⁸

²⁴ “Artigo 1º – Obrigação de respeitar os direitos. 1.Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a *respeitar* os direitos e liberdades nela reconhecidos e a *garantir* seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social” (g.n.). Na mesma toada estão, no âmbito da ONU, o art. 2.º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e o art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como os arts. 1º e 2º do Protocolo de San Salvador, na seara da OEA.

²⁵ Como já advertiu, em diversas oportunidades, a Corte IDH. Para a jurisprudência compilada a respeito, cf. GARCÍA, Fernando Silva. **Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos**: criterios esenciales. México: Dirección General de Comunicación del Consejo de la Judicatura, 2011, p. 13-14.

²⁶ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005, p. 19.

²⁷ Id. *Ibid.*, p. 13-14.

²⁸ Sobre a necessidade de superação do debate monismo/dualismo em matéria de direitos humanos e possíveis caminhos para tanto, cf. LUPI, André Lipp Pinto Basto. O Brasil é dualista? Anotações sobre a

É de concluir, pois, que ao Estado brasileiro não é dado comprometer-se parcial ou seletivamente com as normas dedicadas à salvaguarda da Dignidade da Pessoa Humana. Daí não se sustentar, ética e juridicamente, qualquer postura refratária ou indiferente à aplicação das normas internacionais de direitos humanos — inclusive pela via do controle de convencionalidade — por parte de qualquer instância estatal, seja a executiva, a legislativa e, em especial, a judicial.

2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE A PARTIR DAS NORMAS E MECANISMOS DA OIT

Considerando-se a curta existência da Sociedade das Nações (1919-1946), substituída pela ONU em 1945, pode-se afirmar que a OIT, em franca atividade desde 1919, foi o primeiro organismo internacional a estabelecer um sistema perene de monitoramento e apuração de violação de normas de direitos humanos, a ponto de se tornar o grande referencial do sistema erigido (e, depois, aperfeiçoado) a partir da criação da ONU e da edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Duas são as principais modalidades de normas editadas no âmbito da OIT, quais sejam, a Convenção e a Recomendação, ambas gestadas e aprovadas sempre com respeito ao tripartismo (participação ativa e deliberativa de Estados e representantes de trabalhadores e de empregadores).²⁹ Esclarece a própria OIT que as convenções são tratados internacionais franqueados à ratificação dos Estados Membros e as recomendações atuam como diretrizes não vinculativas, sendo que, em muitos casos, a convenção estabelece os princípios básicos de proteção, cabendo à recomendação detalhá-los, muito embora existam recomendações não relacionadas a qualquer convenção.³⁰

Sem dúvida, as convenções e as recomendações da OIT oponíveis ao Brasil constituem lastro normativo bastante para o exercício do controle de convencionalidade difuso pela instância judiciária trabalhista brasileira. Porém, pesquisa unificada jurisprudencial junto ao site do Tribunal Superior do Trabalho demonstra a pontualidade do controle de convencionalidade nos julgamentos realizados.

É que, quando lançado o termo “convencionalidade” como critério de pesquisa jurisprudencial por palavra-chave, no campo próprio do site do Tribunal Superior do Trabalho (TST), são localizadas apenas sessenta e cinco ocorrências em acórdãos, a esmagadora maioria relativa à possibilidade de acumulação de adicionais

vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 184, p. 29-46, out./dez. 2009; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 75; PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 55; e NIKKEN, Pedro. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno. **Revista IIDH 57** (jan-jun2003): 15, p. 21.

²⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenios y recomendaciones**. Ginebra, s/d. Disponível em: <<http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

³⁰ Id. Ibid.

de insalubridade e periculosidade e alguns poucos (menos de dez) julgados atinentes ao direito às férias proporcionais na hipótese de dispensa por justa causa.³¹ Ainda mais significativo se torna o resultado se cotejado com a estatística geral de processos julgados pelo mesmo tribunal: 253.547 (duzentos e cinquenta e três mil, quinhentos e quarenta e sete) julgamentos em 2013, 284.586 (duzentos e oitenta e quatro mil, quinhentos e oitenta e seis) em 2014 e 305.271 (trezentos e cinco mil, duzentos e setenta e um em 2016).³²

A mencionada controvérsia acerca dos adicionais gira em torno do disposto no § 2.º do art. 193 da CLT, de cuja redação se infere que o empregado deverá optar entre o recebimento do adicional de insalubridade e o de periculosidade, acaso desempenhe atividade que o submeta, concomitantemente, a agentes insalubres e perigosos, nos termos da lei. A tese contrária, levada até o TST, sustenta, a uma, que o dispositivo constitucional que garante o direito àqueles adicionais (art. 7.º, XXII, da Constituição Federal) não conta com qualquer ressalva à cumulação supostamente vedada pela CLT, e, a duas, que tal vedação afronta as Convenções n.º 148 e 155 da OIT, haja vista que a primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os "riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes".

Inicialmente, o TST, em alguns julgados sucessivos no âmbito de certas Turmas recursais – v.g. o Processo TST-RR-1072-72.2011.5.02.0384—, acabou por acatar a alegação de não recepção pela Constituição Federal de 1988 e de inconvenção do enunciado celetista, em claro exercício, respectivamente, do controle difuso de constitucionalidade e de convencionalidade.

Em razão das dissensões jurisprudenciais, a celeuma foi, recentemente, levada à Seção de Dissídios Individuais I do TST (Processo TST-E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064) e solucionada em desfavor da tese de inconvenção, com restabelecimento da proibição da percepção cumulativa dos adicionais, contanto que cogitada a partir de uma única causa de pedir (da mesma atividade). O aresto condutor desse julgamento sustenta não haver expressa obrigação de cumulação dos adicionais nas citadas normas constitucionais e convencionais, inexistindo, pois, impeditivo para a alternatividade imposta pela regra infraconstitucional sob exame. Por outro lado, o mesmo acórdão reconhece devida a referida cumulação se o empregado fizer jus aos adicionais em razão de distintas atividades justificadoras, individualmente, de um dos adicionais.

No que toca à Convenção 132 da OIT de 1970, essa assegura a percepção do pagamento correspondente às férias proporcionais para períodos aquisitivos incompletos, sem estabelecer qualquer restrição em razão do motivo da interrupção

³¹ A mencionada pesquisa jurisprudencial realizou-se mediante acesso ao campo “Consulta Unificada”, que por sua vez integra a página “Jurisprudência” do site do TST (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Consulta unificada**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 25 set. 2016).

³² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Tribunal Superior do Trabalho – Movimentação Processual por ano desde 1941 a 2016**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/tribunal-superior-do-trabalho1>>. Acesso em: 26 set. 2016.

da aquisição. Diferentemente, o art. 146, parágrafo único, da CLT veda o pagamento de férias proporcionais em caso de dispensa por justa causa. Tal debate não se prolongou no TST, que, desde sempre, manteve os ditames celetistas, inclusive mediante formalização de entendimento sumulado (Súmula n.º 171, vigorante desde 1982, embora com atualizações), sob o argumento de que a Convenção 132 da OIT, por não conter vedação explícita a respeito, não proíbe a exceção ao pagamento de férias proporcionais estatuída pelo art. 146 da CLT.

Em que pese estar-se, de fato, diante de situações de controle difuso de convencionalidade pela mais graduada corte trabalhista brasileira, trata-se, indubitavelmente, de exercício raro, seletivo e casuístico. Raro em termos quantitativos e seletivo e casuístico porque atinente a, basicamente, dois temas afetos a circunstâncias específicas de natureza remuneratória, algo sintomático da ausência de uso estável e permanente do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ainda mais em se considerando as centenas de Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil sobre os mais variados temas.

Não é de se imaginar que essa constatação não se aplique às instâncias judiciárias inferiores ao TST, porquanto a própria natureza do embate subjacente ao controle difuso de convencionalidade sugere a instauração de um conflito de interesses com qualificação jurídica de alta hierarquia (afronta a normas internacionais de hierarquia supralegal, aos olhos do STF) e com sensíveis reflexos econômicos, circunstâncias típicas dos casos mais relevantes que batem às portas das mais altas cortes nacionais. Em outras palavras, pensa-se que as lides submetidas a controle difuso de convencionalidade, se recorrentes em primeira instância, certamente alçariam com mais frequência os graus superiores de jurisdição.

Tal quadro corrobora, pois, a afirmação de que o controle difuso de convencionalidade, não obstante disponível às autoridades judiciais trabalhistas pátrias — e, por conseguinte, aos demais atores que as provocam — ainda é um instrumento subutilizado. A superação deste estado de coisas passa pela dissipação do que Cordeiro classifica como “tradicional resistência da doutrina e da jurisprudência [nacionais] em conferir concretude às normas internacionais em matéria laboral”.³³

Eis, pois, um campo a ser mais bem explorado pelos atores que militam junto ao Poder Judiciário trabalhista, em especial para a tutela de direitos de natureza coletiva, como o Ministério Público do Trabalho e os sindicatos, com vistas a expandir os efeitos protetivos da Dignidade da Pessoa Humana nas relações laborais. Entenda-se “melhor explorado” por fomento sistemático de estável e permanente interlocução entre as normas da OIT e a normativa laboral doméstica, impulsionando-se, inclusive, o cotejo entre as interpretações e decisões proferidas pelos órgãos de proteção da OIT e a jurisprudência nacional. A mesma disponibilidade de manejo não se verifica, todavia, quanto ao controle concentrado de convencionalidade. Ao contrário.

³³ CORDEIRO, Wolney de Macedo. O controle de convencionalidade em matéria laboral: novos horizontes para a aplicação das convenções da OIT no direito brasileiro. In: **Direito Internacional do Trabalho**: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT. São Paulo: LTr, 2016, p. 30.

Os mecanismos adotados pela OIT de monitoramento e apuração de violação em face das normas internacionais do trabalho são, basicamente, de duas ordens: o controle regular ou periódico (baseado no envio frequente de informes pelos Estados Membros) e os procedimentos especiais, esses últimos aptos ao desempenho do controle concentrado de convencionalidade.³⁴

Os procedimentos especiais desencadeiam-se a partir de uma reclamação ou de uma queixa, endereçada à Repartição Internacional do Trabalho, órgão de secretaria permanente da OIT. A reclamação, regida pelos arts. 24 e 25 da Constituição da OIT, deve ser apresentada por uma organização profissional de empregados ou de empregadores em face de um Estado Membro, com vistas à apuração de execução insatisfatória de uma Convenção à qual tenha aderido o Estado acusado.³⁵

Já a queixa processa-se com fundamento nos arts. 26 a 34 da Constituição da OIT e pode ser apresentada por um Estado-Membro contra outro Estado-Membro, sob a acusação de descumprimento de convenção que ambos tenham ratificado. Os delegados da Conferência Internacional (órgão assemblear soberano) também são legitimados para o mesmo instrumento de demanda. A queixa é dirigida ao Conselho de Administração, que, outrossim, poderá apresentá-la *ex officio*.

Vê-se, pois, que a legitimidade ativa para o desencadeamento de uma reclamação ou queixa limita-se, respectivamente, às organizações profissionais (entidades sindicais, no caso brasileiro) e Estados Membros da OIT, não se vislumbrando possibilidade de acesso direto do Ministério Público do Trabalho ou de qualquer outro interessado a esse sistema, restringindo, deste modo e sobremaneira, os meios de promoção do controle concentrado de convencionalidade. A experiência mostra que os sindicatos brasileiros não se valem da provocação do controle concentrado de convencionalidade junto à OIT, tendo o Estado brasileiro respondido a apenas 68 (sessenta e oito) reclamações, 63 (sessenta e três) das quais por questões relativas a liberdade sindical, denotando que as agremiações profissionais tendem a procurar proteção internacional, no mais das vezes, para a tutela de interesses institucionais.³⁶

É de se concluir, pois, que a OIT, ao mesmo tempo em que oferece importante, mas ainda qualitativa e quantitativamente subutilizado, espaço para o controle difuso de convencionalidade, igualmente restringe, de forma substancial, a

³⁴ Para mais detalhes sobre as políticas normativas e mecanismos de proteção adotados pela OIT, cf. CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010.

³⁵ O trâmite de uma reclamação encontra-se disciplinado em regulamento próprio, adotado pelo Conselho de Administração da OIT. Cf. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Reglamento relativo al procedimiento para la discusión de reclamaciones presentadas con arreglo a los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT**. Genebra, 2004. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcm_041901.pdf>. Acesso em: 24 set. 2016.

³⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Control de la aplicación de las Normas Internacionales del Trabajo para Brasil**. Genebra, 2016. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11110:0::NO:11110:P11110_COUNTRY_ID-P11110_CONTEXT:102571,SC>. Acesso em: 28 set. 2016.

provocação da modalidade concentrada dessa mesma aferição. Daí porque a conveniência da exploração de novos flancos, com o mesmo intento.

3 AS RELAÇÕES DE TRABALHO DENTRO DOS DEMAIS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Para além das Convenções e Recomendações da OIT, no que se refere às relações de trabalho, existe farta previsão normativa, que perpassa todo tipo de documento jurídico internacional, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (arts. XXIII e XXIV) e pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem da OEA (art. XIV).

Tratados pretensamente dedicados a direitos civis e políticos também apresentam disciplina relativa ao trabalho, tais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (arts. 8.º e 22) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (arts. 6.º e 16). Diga-se o mesmo de diversos tratados da ONU que versam sobre temas específicos, v.g. a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (art. V), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (arts. 8º, 11 e 14), a Convenção sobre os Direitos da Criança (art. 32) e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (arts. 8º e 27).

Existe, pois, todo um arcabouço normativo internacional à disposição para o exercício do controle de convencionalidade concentrado e difuso em matéria trabalhista. Há, por outro lado, que se conhecer tal arcabouço não apenas em seu texto, mas na forma como vêm sendo interpretadas e aplicadas suas normas pelos órgãos internacionais de proteção, valendo-se desse conhecimento para manejá-las.

Dentre os sistemas internacionais de proteção alternativos à OIT, desponta o sistema interamericano como *locus* propício para o desenvolvimento do controle de convencionalidade em matéria trabalhista, notadamente na modalidade concentrada.

A uma, porque o conceito de controle de convencionalidade, com suas modalidades, é construído dentro do sistema interamericano, mais precisamente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, evidenciando, portanto, maior intimidade com o instituto.

A duas, porque o sistema interamericano atua mediante procedimento menos complexo, baseado, essencialmente, em dois órgãos de monitoramento, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte IDH, ao passo em que o sistema global de proteção da ONU desdobra-se em uma instância jurisdicional (Corte Internacional de Justiça) e uma complexa pluralidade de órgãos quase-judiciais — em especial, os Comitês de cada convenção internacional —, nenhum dos quais com dedicação considerável no que concerne às relações de trabalho, até pela existência de uma agência da própria ONU com *expertise* na questão, a OIT. Para piorar, até o momento, o Brasil não ratificou este Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU de 1966, que lhe permitiria ter contra si oferecida por particulares uma petição

individual perante o respectivo Comitê, versando sobre questões trabalhistas não baseadas nas normas da OIT.

E, a três, porque ambos os órgãos centrais do sistema interamericano, a despeito das dificuldades operacionais advindas de investimento aquém do devido, têm se debruçado sobre casos relativos a relações laborais, demonstrando interesse em tutelar violações nessa seara.

4 PANORAMA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A importância da OEA para a promoção e defesa dos direitos humanos foi consubstanciada com a criação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que tem seu fundamento normativo básico na Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948; na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (CADH), conhecida também como Pacto de San José da Costa Rica; e no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 (Protocolo de San Salvador).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) nasce como órgão da própria OEA dedicado à proteção dos direitos humanos. Posteriormente, coube à CADH, que entrou em vigor no plano internacional em 18 de julho de 1978, conferir ainda mais importância à CIDH, aumentando suas atribuições, bem como prever um órgão judicial para resolução dos conflitos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). O Brasil rende contas tanto à Comissão quanto à Corte, em decorrência, respectivamente, de ratificação da CADH, aqui promulgada pelo Decreto n.º 978/92, e de reconhecimento expresso da jurisdição daquele tribunal, oferecido em 1998. CIDH e Corte IDH são compostas por membros eleitos, os quais, sob mandato, desempenham suas atividades de modo absolutamente independente de qualquer interesse estatal, mesmo que do Estado do qual seja nacional.

Segundo o art. 44 da CADH, é atribuição da CIDH examinar petições individuais, apresentadas por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados Membros da OEA, e que contenham denúncias ou queixas de violações daquela Convenção por um Estado que dela seja parte. Note-se inexistir, *in casu*, a restrição de acesso percebida na OIT, dado que a legitimidade ativa está estabelecida para além das representações obreiras ou patronais, no caso dos liames laborais.

A CIDH analisa a admissibilidade (art. 46 CADH) e o mérito da petição, observado processo previsto nos arts. 48 a 51 da CADH. Em suma, admitida a petição e não havendo solução amigável, ao final das investigações será elaborado o primeiro informe, no qual a CIDH se posicionará se houve ou não violação aos direitos previstos na CADH. Inexistindo violação, o caso é arquivado, de forma irrecorrível. Havendo comprovação da violação, será fixado um prazo para o Estado prestar esclarecimentos a respeito da adoção de medidas previstas no relatório

preliminar (Primeiro Informe). Se, em até 3 meses após a remessa do informe preliminar ao Estado, o caso não houver sido solucionado ou encaminhado à Corte IDH pela CIDH ou pelo próprio Estado, a CIDH está autorizada a produzir, por maioria absoluta de seus membros, o Segundo Informe ou Informe Definitivo.

Nas hipóteses envolvendo Estados que reconheceram a jurisdição da Corte IDH, a recusa estatal em cumprir as recomendações previstas no Informe Preliminar deve, em regra, ensejar a submissão do caso à Corte IDH, salvo decisão fundamentada por maioria absoluta.

O Informe Definitivo será necessário, sobretudo, quando a violação for oriunda de Estado que não tenha reconhecido a jurisdição da Corte IDH. Nesse particular, a obrigação de cumprir as medidas previstas no Informe Definitivo decorre da condição de Estado Membro da OEA, subordinado à Carta da OEA e à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Não sendo cumpridas as medidas, será encaminhado relatório à Assembleia Geral da OEA, espaço para decisões políticas vinculantes.

De seu lado, a Corte IDH tem competência consultiva e contenciosa. A competência contenciosa está prevista no art. 62 CADH, limitada a casos de violação dessa Convenção pelos seus signatários que tenham reconhecido, expressamente, a jurisdição da Corte IDH. Ao ratificarem a CADH, os Estados Partes já aceitam, automaticamente, a competência consultiva da Corte, mas a competência contenciosa, que é facultativa, deve ser expressa e pode ser aceita posteriormente, como fez o Brasil.

Nos termos do art. 61 da CADH, há restrição de acesso (direito de petição) da vítima à Corte — possível apenas à CIDH e a Estados —, todavia, reformulação no seu regulamento, datada de 2009, passou a permitir a participação da vítima e seus representantes ao longo de todo processo, após sua instauração (art. 25 do Regulamento da Corte IDH de 2009).

O caso contencioso desenvolve-se em 4 etapas: procedimento escrito; procedimento oral; procedimento final escrito e sentença, a qual deve assegurar o gozo do direito violado e estabelecer formas de reparação das consequências lesivas (art. 63 CADH). Embora seja irrecorrível, cabe, contudo, pedido de interpretação (“embargos declaratórios”), sem efeito suspensivo, conforme art. 67 CADH c/c art. 68 do Regulamento da Corte IDH de 2009.

Na hipótese de não cumprimento espontâneo das decisões, a Corte IDH indicará em seu relatório anual à OEA os casos em que o Estado condenado não tenha dado cumprimento às suas sentenças. Essa informação permite a OEA tomar as providências, notadamente no campo político e econômico, em face do Estado inadimplente.³⁷ No Brasil, a sentença condenatória da Corte IDH, no tocante a

³⁷ É importante ressaltar que, apesar da timidez da Corte IDH nos relatos de inadimplemento à Assembleia Geral, há insistência no acompanhamento de suas decisões, o que tem se revelado cada vez mais procedimento capaz de propiciar o cumprimento das sentenças proferidas.

valores pecuniários, poderá ser executada perante a Vara Federal territorialmente competente.³⁸

5 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM MATÉRIA TRABALHISTA NA PERSPECTIVA DO SISTEMA INTERAMERICANO

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a CADH e seu Protocolo Adicional de San Salvador consubstanciam os principais documentos normativos internacionais do sistema interamericano oponíveis ao Brasil também quanto às relações de trabalho.

O art. XIV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de forma genérica, assegura a toda pessoa o direito ao trabalho em condições dignas e mediante justa contraprestação, que garanta um nível de vida conveniente a quem trabalha e à sua família. Na perspectiva da proteção da liberdade, a CADH proíbe a escravidão e a servidão (art. 6.º). Já o Protocolo de San Salvador, ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto n.º 3.321/99, de modo mais detido, protege o trabalho digno (art. 6.º), em condições justas, equitativas e satisfatórias (art. 7.º), preservando os direitos sindicais (art. 8.º). Não obstante, não são muitos os casos submetidos no sistema interamericano que versem, diretamente, sobre relações de trabalho e a história do desenvolvimento dos órgãos do sistema evidencia o porquê.

A CIDH e a Corte IDH foram forçadas, prioritariamente, a partir da análise (consultiva e contenciosa) de violações perpetradas por ocasião das ditaduras latino-americanas. Daí a prevalência histórica, em termos quantitativos, de manifestações acerca do direito à liberdade e ao devido processo, em função da negação das garantias judiciais em face de prisões arbitrárias; do direito à vida, ante as execuções e desaparecimentos forçados; da integridade física, por conta da tortura praticada pela violência policial; e da liberdade de expressão contra a censura estatal.³⁹ A todos esses direitos corresponde o dever estatal de investigar e punir os violadores, objeto de condenação internacional quando havida inércia das instâncias investigativas e julgadoras, bem como das diversas leis de anistia editadas pelos governos ditatoriais, ao apagar de suas luzes.

É certo que, por outro lado, esse panorama ganha novos contornos após a consolidação do processo de reabertura política que se instaura na América Latina, a

³⁸ Carvalho Ramos descarta a necessidade de homologação da sentença proferida pela Corte IDH, por não se tratar de sentença estrangeira (art. 105, I, “i”, da CF), mas internacional, passível de execução imediata, em caso de não cumprimento espontâneo pelo Estado brasileiro, trazendo um ônus menor à pessoa que teve o seu direito fundamental violado. RAMOS, André de Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: CHOUKR, Fauzi & AMBOS, Kai (Orgs). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: RT, 2000; p. 245-289, p. 491. Impende, contudo, a criação de uma verdadeira estrutura brasileira de implementação das decisões internacionais, para muito além da quitação de indenizações. A favor desta empreitada poderia vir a estar o resultado do Projeto de Lei n.º 4.667, de 2004, que pretendia disciplinar os “efeitos jurídicos das decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos”. Sua tramitação, contudo, encontra-se absolutamente paralisada no Congresso Nacional.

³⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos** – Volume III. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 36-88.

partir dos anos noventa, quando a CIDH, gradativamente, se abre para assuntos outros, relacionados, v.g., à discriminação racial e de gênero e às condições carcerárias. Dois eventos marcam essa nova etapa evolutiva do sistema interamericano: o início da construção jurisprudencial consultiva e contenciosa da Corte IDH e o começo dos *travaux préparatoires* do Protocolo de San Salvador,⁴⁰ anunciando a necessária viragem a bem da tutela dos direitos sociais.

A partir da indagação acerca dos pontos suscetíveis de aperfeiçoamento do sistema interamericano no século XXI, Caçado Trindade é preciso ao vaticinar um novo horizonte temático, dedicado aos direitos sociais:

Àquele fenômeno [violações praticadas por regimes opressores] há que agregar os problemas de direitos humanos que não resultam necessariamente da confrontação ou repressão política, mas que se apresentam antes como problemas endêmicos ou crônicos do meio social da região, agravados pelas iniquidades na concentração de renda e pelas crescentes e alarmantes disparidades econômico-sociais. [...] Isto requer uma visão sistêmica ou holística dos direitos humanos, abarcando a proteção a pessoa humana em todos os domínios (civil, político, econômico, social e cultural) da atividade humana.⁴¹

Realmente os órgãos do sistema interamericano vêm, cada vez mais, se ocupando de temas atinentes a direitos sociais, conquanto, no mais das vezes, o façam a propósito da proteção de direitos civis e políticos, como liberdades, igualdade formal e garantias processuais. Todavia, em matéria trabalhista, o sistema de proteção da OEA ainda é espaço passível de ser ocupado e aperfeiçoado, de modo a que as questões laborais passem a ser examinadas com mais frequência, gerando, conseqüentemente, mais familiaridade por parte dos órgãos sob análise.

Infelizmente, a CIDH ainda não disponibiliza uma plataforma pública de dados organizados por tema que permita identificar, com segurança, quais situações relacionadas às relações de trabalho foram submetidas a seu exame. Em pesquisa publicada em 2009, a partir de dados pessoalmente obtidos junto à CIDH, Abramovich, ex-membro da própria Comissão entre 2006 e 2009, disse haver aumentado, no sistema interamericano, a participação de sindicatos em parceria com organizações de direitos humanos, enfocando temas relativos à liberdade sindical e ao acesso à justiça trabalhista e previdenciária,⁴² já tendo esse mesmo sistema fixado robustas obrigações positivas em relação ao direito de acesso à justiça, determinando, em decorrência, “algumas obrigações concretas de devido processo que se aplicam em relação aos procedimentos judiciais de natureza social, como os juízos trabalhistas e previdenciários e as ações de amparo e desocupação”.⁴³

⁴⁰ TRINDADE, 2013, p. 59-60.

⁴¹ *Ibidem*, p. 110.

⁴² ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. **Sur – Revista internacional de direitos humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 6-39, dec./2009, p. 15.

⁴³ ABRAMOVICH, 2009, p. 23.

Abramovich ainda ilustra o crescimento da preocupação do sistema interamericano com as questões da prestação jurisdicional nacional, noticiando que 62% (sessenta e dois por cento) das denúncias apresentadas à CIDH, em 2008, versavam sobre problemas relacionados com o funcionamento dos tribunais nacionais e, dentro dessa questão “justiça”, 15% (quinze por cento) se referiam a violações do devido processo em matéria trabalhista.⁴⁴

Considerando que CIDH é a instância de acesso das vítimas e seus representantes ao sistema interamericano, bem como a provocadora, por excelência, dos casos contenciosos na Corte IDH, é natural que esta última tenha ainda menos episódios de jurisdição entregue por conta de litígios trabalhistas.

No que talvez seja a primeira aproximação mais direta da Corte IDH com violações trabalhistas, ainda que sob a perspectiva da liberdade de expressão, a edição da Opinião Consultiva n.º 05 de 1985 respondeu à indagação do Estado da Costa Rica a respeito de possível incompatibilidade com a CADH de lei nacional que estabeleceu a obrigatoriedade de diploma universitário para o exercício da profissão de jornalista. Em uma espécie de “controle de convencionalidade em tese”, porquanto levado a efeito por meio da jurisdição consultiva, a Corte declarou que aquela norma doméstica era incompatível com o art. 13 da CADH, assegurado da liberdade de expressão em geral. O tribunal entendeu que o jornalismo é profissão diferenciada, cuja essência encontra-se na concretização do direito pleno de qualquer indivíduo se expressar e transmitir informações.⁴⁵ Frise-se que, mais de uma década depois, o STF sufragou este mesmo entendimento, no julgamento RE 511.961/SP, declarando inconstitucional o Decreto-lei n.º 972/69, que exigia o diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista, bem como o reconhecendo incompatível com o art. 13 da CADH. A ementa do acórdão da Suprema Corte faz expressa menção à OC-05 de 1985 da Corte IDH. Eis, pois, um dos episódios isolados, mas ainda assim marcantes, de exercício explícito do controle difuso de convencionalidade pelo Excelso Pretório brasileiro.

Mais à frente no tempo, a Opinião Consultiva n.º 18 de 2003, também da Corte IDH, foi provocada pelo México, que perguntou a respeito da privação do gozo e exercício de certos direitos trabalhistas por trabalhadores migrantes e sua compatibilidade com a obrigação dos Estados americanos de garantir os princípios de igualdade jurídica, de não discriminação e de proteção igualitária, consagrados em instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Em resposta, a Corte, dentre outras ponderações, ressaltou que todos os Estados devem ter uma política migratória específica, que, em observância à igualdade e à não discriminação, salvguarde direitos e garantias fundamentais aos migrantes, inclusive em relação aos direitos trabalhistas e ao acesso à Justiça.⁴⁶

⁴⁴ Ibidem, p. 28.

⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985**: la colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Costa Rica, 1985. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf>. Acesso em: 26 set. 2016.

⁴⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos**. Condición Jurídica y derechos de

Contudo, o ano de 2015 marca a admissão junto à Corte IDH do primeiro caso contencioso de sua história relativo a trabalho escravo contemporâneo: o caso Fazenda Brasil Verde *versus* Brasil. Quis o destino que tal litígio tenha sido encetado contra o Estado brasileiro.

Resumidamente,⁴⁷ em fevereiro de 1989, março de 1993, novembro de 1996, abril e novembro de 1997 e março de 2000, Auditores-Fiscais do Trabalho e outras autoridades estatais fizeram visitas ou fiscalizações à Fazenda Brasil Verde, localizada no Estado do Pará, para constatar as condições em que se encontravam trabalhadores. As fiscalizações de abril de 1997 e março de 2000 concluíram que existia trabalho análogo ao de escravo; a visita policial de 1989 e as fiscalizações de 1993 e 1996 encontraram “irregularidades” trabalhistas; e a fiscalização de novembro de 1997 considerou que havia “algumas falhas” na referida propriedade rural. Em 1988, já havia sido comunicada à Polícia Federal local o desaparecimento de dois adolescentes que tentaram fugir do regime análogo à escravidão, mantido na fazenda. Não se deu prosseguimento à investigação desse desaparecimento.

Além dos autos de infração lavrados pelos Auditores-Fiscais do Trabalho, nas ocasiões das fiscalizações, e uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho (encerrada por acordo judicial), todas as mencionadas constatações, conquanto repetidas, ensejaram apenas uma ação penal contra o proprietário da fazenda, referente à fiscalização de 1997 e que experimentou demora de cerca de dez anos apenas para a definição da competência material para o julgamento. Após, a ação penal restou extinta, a pedido do Ministério Público Federal, em razão do decurso do prazo prescricional.

Ainda em 1998, o caso foi levado à CIDH pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil). Após análise, a CIDH considerou que a informação disponível permite qualificar as práticas na fazenda como trabalho forçado e servidão por dívidas, formas contemporâneas de escravidão. Bem assim, asseverou a afronta aos arts. 5.º (direito à integridade pessoal), 6.º (proibição da escravidão e da servidão), 7.º (direito à liberdade pessoal), 8.º (garantias judiciais), 22 (direito de circulação e de residência) e 25 (proteção judicial) da CADH, além de alguns dispositivos da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.⁴⁸

Consequentemente, a CIDH recomendou ao Estado que: (i) oferecesse reparação moral e material às vítimas; (ii) empreendesse, em prazo razoável, investigação efetiva e imparcial dos fatos; (iii) empreendesse, em prazo razoável, investigação efetiva e imparcial sobre o desaparecimento dos dois jovens mencionados; (iv) dispusesse de medias administrativas, disciplinares ou penais em relação aos agentes estatais que contribuíram para a denegação de justiça e a

los migrantes indocumentados. Costa Rica, 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em: 26 set. 2016.

⁴⁷ Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. SECRETARIA GERAL DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório n.º 169/11. Caso 12.066:** Admissibilidade e Mérito: Fazenda Brasil Verde. Brasil. Estados Unidos, 2011. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/12066FondoPt.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2017, p. 3-5.

⁴⁸ Id. *Ibid.*, p. 62-63.

impunidade verificados; (v) estabelecesse um mecanismo que facilitasse a localização das vítimas de trabalho análogo ao de escravo, constatado nas ações fiscais de 1996, 1997 e 2000, a fim de compensá-las; (vi) continuasse a implementar políticas públicas de combate ao trabalho escravo; (vii) fortalecesse o sistema legal e criasse mecanismo de coordenação entre jurisdição penal e jurisdição laboral, visando superar as lacunas que se projetam na investigação, persecução e sanção dos autores dos delitos de servidão e trabalho forçado; (viii) velasse pelo estrito cumprimento das leis trabalhistas relativas a jornada de trabalho e isonomia salarial; (ix) adotasse as medidas necessárias para erradicar todo o tipo de discriminação racial na sujeição à servidão e ao trabalho forçado.⁴⁹

Notificado das conclusões e recomendações da CIDH, em 2012, o Brasil, após sucessivas prorrogações de prazo, não logrou comprovar que avançou nas recomendações de reparar adequadamente as vítimas nos aspectos tanto moral como material, tampouco apresentou informação sobre medidas para cumprir as recomendações relativas às investigações dos fatos. O caso foi, então, submetido à Corte IDH, em 4 de março de 2015 e sentenciado em 20 de outubro de 2016, com a declaração da responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela violação dos seguintes direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos: direito a não ser submetido à escravidão e ao tráfico de pessoas (art. 6.1); direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3.º); direito à integridade pessoal (art. 5.º); direito à liberdade pessoal (art. 7.º), direitos da criança (art. 19); proteção da honra e da dignidade (art. 11); direito de circulação e de residência (art. 22); garantias judiciais de devida diligência e de prazo razoável (art. 8.1); e direito à proteção judicial (art. 25).⁵⁰

Foram, ainda, impostas ao Estado as seguintes reparações: (i) reiniciar, com a devida diligência, as investigações e/ou processos penais relacionados aos fatos, com vistas a, em um prazo razoável, identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis; (ii) publicar, no prazo de seis meses, o resumo da sentença, elaborado pela Corte, por uma única vez, no Diário Oficial e em um jornal de ampla circulação nacional, bem como sua íntegra, por um período de um ano, em um site oficial na internet; (iii) dentro de um prazo razoável, adotar as medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de Direito Internacional de escravidão e suas formas análogas; e (iv) pagar às vítimas montantes fixados a título de indenizações por dano imaterial e aos representantes, valores estabelecidos a propósito de reembolso de custas e gastos.⁵¹

O relatório da CIDH e a sentença da Corte IDH, a despeito de admitirem o avanço legislativo e institucional no combate brasileiro às formas contemporâneas de escravidão, advertem para a timidez das respostas oferecidas pelos órgãos estatais responsáveis pela repressão dessa conduta, notadamente na seara criminal. Estas impressões são de suma importância, porquanto apontam para a necessidade de

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, p. 63-64.

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**: Sentença de 20 de outubro de 2016. Costa Rica, 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2017, p. 122.

⁵¹ Id. *Ibid.*, p. 124.

fortalecimento dos órgãos e agentes estatais incumbidos do combate ao trabalho análogo ao de escravo, justamente porque os ganhos havidos em matéria de lei e de atuação estatal repressiva vêm sendo sistematicamente ameaçados por iniciativas políticas, sobretudo legislativas, patrocinadas por interesses privados, os quais visam o retrocesso da repressão orientada à erradicação da prática em questão.

Particularmente em relação ao controle de convencionalidade, marcantes são as posições da Corte IDH a respeito do tipo penal brasileiro relativo à redução à condição análoga à de escravidão e sua imprescritibilidade.

O tribunal refutou a alegação estatal de que a redação original do art. 149 do Código Penal pátrio (“reduzir alguém a condição análoga à de escravo”), vigente à época dos fatos, era distinta do quanto estatuído no art. 6.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas”), de modo que não se poderia vislumbrar afronta ao citado tratado internacional. Segundo a Corte IDH, ambos os dispositivos (nacional e internacional) incidem na hipótese, à vista da comprovada ocorrência de restrição de liberdade das vítimas, associada a trabalho exaustivo, condições degradantes de vida, falsificação de documentos e presença de menores de idade.⁵²

Demais disso, a sentença internacional louva a alteração do dispositivo do Código Penal, levada a efeito em 2003, para explicitar o enquadramento, como crime de redução à condição análoga à de escravo, das situações de trabalho forçado, jornada exaustiva, condições degradantes de trabalho e restrição de movimento com base em dívida com o empregador, observando que, em relação ao tema, o TST e o STF firmaram jurisprudência recente que se coaduna com o entendimento da própria Corte IDH sobre a matéria.⁵³

A propósito da extinção da única ação penal relativa ao ocorrido, o tribunal concluiu que “aplicação da figura da prescrição no presente caso representou uma violação ao artigo 2 da Convenção Americana, pois foi um elemento decisivo para manter a impunidade dos fatos constatados em 1997”, ao que sustentou estar a imprescritibilidade do crime de escravidão e de suas formas análogas consagrada pelo Direito Internacional, com *status* de norma imperativa (*jus cogens*),⁵⁴ portanto inderrogável e oponível à toda comunidade internacional, independentemente de adesão estatal formal. Em consequência, a sentença exorta as instâncias legislativas nacionais a adequarem sua normativa à declarada imprescritibilidade.⁵⁵

Ambas as decisões contrárias ao Estado brasileiro, proferidas neste caso, são exemplos fidedignos do perfil das deliberações condenatórias proferidas pela CIDH

⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017, p. 81.

⁵³ Id. Ibid., p. 81-82.

⁵⁴ Id. Ibid., p. 113.

⁵⁵ “A decisão da Corte possui, obviamente, o efeito de declarar que a escravidão e suas formas análogas são imprescritíveis, independentemente de estas corresponderem a um ou mais tipos penais de acordo com o ordenamento interno brasileiro. Portanto, cabe a este Tribunal ordenar ao Estado que, dentro de um prazo razoável a partir da notificação da presente Sentença, adote as medidas legislativas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada à redução de pessoas à escravidão e a suas formas análogas (...)” (Id. Ibid., p. 113).

e pela Corte IDH, as quais raramente se atêm a obrigações de reparação individual, projetando seus comandos para verdadeiras adequações da realidade social que induz a violação, muitas vezes instando o Estado violador a rever práticas administrativas, legislativas e judiciárias.

Em especial a sentença da Corte IDH, histórica e paradigmática, abre caminho e oferece fundamentos bastantes para que, mediante o exercício do controle de convencionalidade difuso, os juízes criminais brasileiros não mais considerem a prescrição como obstáculo à tramitação de ações penais pertinentes ao crime previsto no art. 149 do Código Penal.

Adicionalmente, pensa-se que a decisão conclusiva da CIDH e a condenação do Estado brasileiro pela Corte IDH consubstanciam sólido fundamento para a proposição de controle de convencionalidade difuso e, se preciso, concentrado, contra a aprovação do Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 432/2013, que tramita no Congresso Nacional e que propõe a adoção de um conceito de trabalho análogo ao de escravo distinto daquele consagrado pela atual redação do art. 149 do Código Penal. O PLS o faz para fins de regulamentar aplicação do novel enunciado do art. 243 da Constituição Federal, que, desde 2014, permite sancionar os escravocratas brasileiros com expropriação sem indenização e destinação à reforma agrária de propriedades rurais e urbanas onde for constatada a ocorrência do ilícito. A proposta arrefece o tipo descrito no art. 149 do Código Penal, por contemplar apenas casos de trabalho forçado e de servidão por dívida, excluindo as condições degradantes e a jornada exaustiva, as quais constam do enunciado penal.

Trata-se de deliberada proposta de amenização dos efeitos práticos da Emenda Constitucional n.º 81/2014, editada após quinze anos de arrastados debates, resultando na mais rigorosa sanção não criminal já prevista na legislação brasileira para hipótese de escravidão contemporânea.

Para além do tema da normativa alusiva à escravidão contemporânea no Brasil e com base em dispositivos internacionais outros, cogita-se, também aqui, o controle de convencionalidade em face de outras investidas legislativas contra direitos trabalhistas, que voltam a ganhar fôlego a pretexto de flexibilizarem direitos trabalhistas a bem do resgate da economia brasileira. É o caso dos Projetos de Lei n.ºs 944/2015 e 4.962/2016, que propõem a alteração da redação dos artigos 618, 643 e 652 da CLT, dispendo a prevalência dos acordos e convenções coletivas de trabalho em detrimento do estabelecido em lei. Na mesma linha, o Projeto de Lei n.º 4.330/2004, que intenta autorizar a terceirização indiscriminada de mão de obra, ampliando-a para além dos limites impostos pela Súmula n.º 331 do TST, que veda a intermediação da prestação de serviços, exceto para atividades de limpeza, segurança e as chamadas “atividades-meio”.

Em todos esses casos de grave e iminente ameaça a direitos trabalhistas básicos — assim como para situações até mesmo já estabelecidas, como a unicidade sindical prevista no art. 8.º da Constituição Federal, evidentemente violadora das liberdades sindical e de associação, previstas nas normas basilares da OIT e do sistema interamericano — vislumbra-se o fomento do controle de convencionalidade. Primeiramente, em respeito ao princípio da subsidiariedade, o exame de convencionalidade deveria ser suscitado, se possível, ainda no momento

de debate legislativo e, ultrapassado esse com a aprovação da norma inconvenção, perante as instâncias judiciárias competentes, às quais, se falharem no cotejo normativo pretendido, preterindo a melhor proteção à Dignidade da Pessoa Humana oferecida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, darão ensejo ao controle concentrado de convencionalidade.

Nessa projeção, tanto as convenções da OIT quanto o aparato normativo do sistema interamericano podem e devem ser invocados, cumulativamente, como fundamentos do controle de convencionalidade difuso. Já no que diz respeito ao controle concentrado de convencionalidade, pelo quanto exposto, o sistema interamericano, primeiro pela CIDH e depois pela Corte IDH, oferece-se como espaço atualmente aberto e propício para a construção de uma *expertise* necessária e eficiente em matéria trabalhista, produzindo decisões capazes de influenciar, domesticamente, a correção de rumos indesejados na disciplina legal das relações de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que o controle de convencionalidade ainda não conquistou lugar cativo junto à comunidade jurídica brasileira, realidade que decorre do histórico, porém injustificado, déficit de consideração do Direito Internacional na aplicação do Direito, cuja superação se impõe, notadamente na seara dos direitos humanos.

Especificamente em matéria de relações de trabalho, os agentes jurídicos nacionais pouco dialogam com as normas e órgãos atinentes ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, limitando-se ao uso pontual e seletivo de convenções e recomendações da OIT em petições, sentenças e acórdãos, sem qualquer padrão de articulação estável e permanente entre as normas domésticas e os tratados e julgados internacionais.

Encorajar a evolução da tutela dos direitos humanos no plano dos Estados, por meio da aplicação doméstica das normas e jurisprudências internacionais, constitui estratégia de aprimoramento das instâncias de efetivação daqueles direitos, bem como de óbice a retrocessos em sua proteção. Do mesmo modo, instigar a provocação dos sistemas internacionais de salvaguarda do ser humano é prática salutar de encaminhamento de disputas que, por distintos motivos, possam não ter experimentado desfecho nacional compatível com os *standards* ético-normativos esculpidos, consensualmente, pela comunidade internacional.

No que toca às relações de trabalho, essenciais ao modo de vida capitalista e cada vez mais precarizadas por uma implacável economia global, a afirmação doméstica dos padrões normativos internacionais convencionais e jurisprudenciais representa indispensável incremento dos espaços de resistência às diuturnas violações à Dignidade da Pessoa Humana no desempenho da atividade laboral.

O controle de convencionalidade pode contribuir a tal intento, contanto que a comunidade jurídica dele se apodere com uma postura orientada à estável e permanente interlocução entre as fontes normativo-jurisprudenciais nacionais e

internacionais, inspirada pelo Princípio *Pro Homine*. Cabe, sob esta ótica, verdadeira ressignificação do uso dos instrumentos normativos e processuais colocados à disposição pelos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial aqueles pertinentes à OIT e ao sistema interamericano, nesse caso com um olhar estrategicamente mais acurado para um espaço que se revela propício ao desenvolvimento de uma *expertise* em matéria trabalhista, com alto padrão civilizatório.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. **Sur – Revista internacional de direitos humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 6-39, dec. 2009.

ALVES, J. A. Lindgren. **Os Direitos Humanos como Tema Global**. São Paulo: Editora Perspectiva, Funag; 1994.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Consulta unificada**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 25 set. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Tribunal Superior do Trabalho – Movimentação Processual por ano desde 1941 a 2016**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/tribunal-superior-do-trabalho1>>. Acesso em: 26 set. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. O controle de convencionalidade em matéria laboral: novos horizontes para a aplicação das convenções da OIT no direito brasileiro. *In: Direito Internacional do Trabalho: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT*. São Paulo: LTr, 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º 7: Control de Convencionalidad**. San José da Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

_____. **Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**: Sentença de 20 de outubro de 2016. Costa Rica, 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2017.

_____. **Caso Atala Riffo e Filhas Vs. Chile.** Mérito, Reparações y Custas. Sentencia de 24 de fevereiro de 2012, parágrafo 284. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. **Caso Gudiel Álvarez e outros – “Diario Militar” Vs. Guatemala.** Mérito, Reparações y Custas. Sentença de 20 novembro de 2012, parágrafo 330. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México.** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010, Voto Arrazoado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (juiz *ad hoc*), parágrafo 21. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. **Caso Radilla Pacheco Vs. México.** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009, parágrafo 338. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. **Caso Boyce y otros Vs. Barbados.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 20 de novembro de 2007, parágrafo 77-80. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. **Caso Almonacid Arellano vs. Chile.** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006, parágrafo 124. Tradução livre. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. **Caso Aguado Alfaro e Outros vs. Peru.** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006, parágrafo 128. Tradução livre. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. **Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.** Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Costa Rica, 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em: 26 set. 2016.

_____. **Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985:** la colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Costa Rica, 1985. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf>. Acesso em: 26 set. 2016.

CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo.** São Paulo: LTr, 2010.

GARCÍA, Fernando Silva. **Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos:** criterios esenciales. México: Dirección General de Comunicación del Consejo de la Judicatura, 2011.

GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade.** São Paulo: Atlas, 2013.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Trad. José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009

LUPI, André Lipp Pinto Basto. O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 184, p. 29-46, out./dez. 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle de convencionalidade – um panorama latino-americano:** Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. **Curso de Direitos Humanos.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

NIKKEN, Pedro. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno. **Revista IIDH 57** (jan-jun 2003): 15, p. 21.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. SECRETARIA GERAL DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório n.º 169/11. **Caso 12.066: Admissibilidade e Mérito:** Fazenda Brasil Verde. Brasil. Estados Unidos, 2011. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/12066FondoPt.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Control de la aplicación de las Normas Internacionales del Trabajo para Brasil.** Genebra, 2016. Disponível em:

em:

<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11110:0::NO:11110:P11110_COUNT_RY_ID,P11110_CONTEXT:102571,SC>. Acesso em: 28 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenios y recomendaciones. Ginebra**.s/d. Disponível em:

<<http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm>>. Acesso em: 24 set. 2016.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Reglamento relativo al procedimiento para la discusión de reclamaciones presentadas con arreglo a los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT**. Ginebra, 2004. Disponível em:

<http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcm_041901.pdf>. Acesso em: 24 set. 2016.

PETERK, Sven. Doutrinas Gerais. In: PETERK, Sven (Coord.). **Manual práctico de derechos humanos internacionales**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. Salvador: Juspodivm, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

_____. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, jan/dez 2009.

_____. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: CHOUKR, Fauzi & AMBOS, Kai (Orgs). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: RT, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Controle de convencionalidade dos tratados internacionais. **Consultor Jurídico**, 10.04.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>>. Acesso em: 24 set. 2016.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos – Volume III**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2013.

Recebido em 02.10.2016

Aceito em 31.03.2017

A CONQUISTA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

THE ACHIEVEMENT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING

Guilherme Camargo Massau¹
Fábio Souza da Cruz²

Sumário: Considerações iniciais. 1 O prelúdio da era global na América Latina, os movimentos sociais, o Estado e a questão dos Direitos Humanos. 2 O direito fundamental à moradia: a partir da Constituição Federal de 1988. 2.1 A positivação do direito fundamental à moradia. 3 O direito ao acesso à moradia na cidade de Pelotas/RS. Considerações finais. Referências.

Resumo: Diante do déficit habitacional existente no Brasil e com a existência de programa político que busca reduzir esse déficit, o texto tem como finalidade a análise da realidade do acesso à moradia, tomando como exemplo a cidade de Pelotas. Para isso, situa-se o cerne dos movimentos sociais, ou seja, grupos que possuem o cunho de reivindicar a concretização dos direitos básicos e, após, traça-se os fundamentos jurídicos referentes ao direito à moradia. Por fim, analisam-se os dados recolhidos em entrevistas efetuadas no Serviço de Assistência Judiciária Gratuita da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas. Os dados revelam o nível de acesso à moradia por meio de fomento de programas do Estado.

Palavras-chave: Acesso à Moradia. Direitos Fundamentais. Movimentos Sociais. Cidade de Pelotas. Política Pública.

Abstract: Due to the existing housing shortage in Brazil and the existence of political program that seeks to reduce that, the text aims to analyze the reality of access to housing, taking as an example the city of Pelotas. For this, it rests at the heart of social movements, groups that have the stamp of claiming the achievement of basic rights, and after, draws up the legal basis for the right to housing. Finally, it is analyzed the data collected from interviews carried out in the Free Legal Assistance Service provided by the Law School of the Pelotas Federal University. The data shows the level of access to housing through development of state programs.

Keywords: Access to housing. Fundamental rights. Social movements. Pelotas city. Public policy.

¹ Professor da Faculdade de Direito e do Mestrado em Direito da UFPel. Pós-doutorado pela PUCRS. Doutor em Direito pela Unisinos. Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra. Especialista em Ciências Penais pela PUCRS. Autor: Metodologia Jurídica: do início da ciência do Direito ao Iluminismo português, Ed. Atlas; O princípio republicano constituinte do mundo-da-vida do Estado constitucional cosmopolita, Ed. Unijuí. E-mail: uassam@gmail.com.

² Professor Adjunto do curso de Jornalismo da UFPel. Especialista em Teoria do Jornalismo e Comunicação de Massa pela PUCRS. Mestre em Comunicação e Práticas Sócio-Políticas pela PUCRS. Doutor em Cultura Midiática e Tecnologia do Imaginário pela PUCRS. Pós-doutor em Direitos Humanos, Mídia e Movimentos Sociais pela Universidade Pablo de Olavide/Espanha. E-mail: fabiosouzadacruz@gmail.com.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O acesso a direitos fundamentais é complexo de ser realizado, pois se encontra entre a disponibilidade orçamentária do Estado (limitada) e as necessidades dos cidadãos (ilimitadas), ou seja, tais direitos exigem do Estado uma postura ativa. Por conseguinte, as opções políticas referem-se a como o Estado irá destinar recursos para concretizar os direitos fundamentais, já os movimentos sociais reivindicam a imprescindibilidade de realizá-los.

O direito à moradia é o foco desta análise. Trata-se de um direito fundamental constante da Constituição Federal de 1988, mas que somente na última década o Estado brasileiro intensificou a concretização deste direito por meio de política pública de construção e fomento de construção de moradias. Para se ter uma ideia concreta da efetividade da contribuição do Estado no que diz respeito ao acesso à moradia, aplicou-se questionário na Assistência Judiciária Gratuita da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas.

O contexto de defasagem de concretização dos direitos fundamentais de consecução positiva por parte do Estado é latente na América Latina, por conseguinte no Brasil. A globalização econômica impôs aos Estados uma postura mais agressiva no âmbito econômico-financeiro, o que afeta as políticas públicas de distribuição de riqueza e/ou amenização da desigualdade. Porém, pelo imperativo constitucional, o Estado brasileiro não deve permanecer inerte às demandas sociais. Demandas reforçadas pelos movimentos sociais que pressionam o ente estatal para que se efetive o direito reivindicado. Neste sentido, reflete-se sobre os movimentos sociais, o Estado e os Direitos Humanos na era global na América Latina.

Por conseguinte, situou-se o fundamento normativo dos Direitos Humanos, transformado em direitos fundamentais quando positivados pelo texto constitucional. Com isso, destacou-se a imperatividade de concretização da norma constitucional em face ao poder público, que deve promovê-la. Salientaram-se os dispositivos constitucionais que se referem ao direito fundamental a ser analisado, o acesso à moradia. A norma constitucional deve ser concretizada, esse é um imperativo constitucional. Para contribuir na concretização do direito ao acesso à moradia, mencionam-se dispositivos legais infraconstitucionais que complementam e regulamentam as normas constitucionais.

Na sequência, analisa-se o resultado do questionário aplicado entre os clientes da Assistência Judiciária Gratuita na cidade de Pelotas. Os números revelam efetiva atuação do Estado na concretização do acesso à moradia, pois a maioria revela que teve ajuda total ou parcial do Estado, somada ao conhecimento de pessoas na mesma situação. A pesquisa revela uma realidade local, porém o resultado pode ser ampliado em âmbito nacional, já que os recursos são distribuídos nacionalmente. O Brasil tem grupos sociais que pressionam o Estado a atuar de forma efetiva na concretização de direitos fundamentais, principalmente, no que se refere ao acesso ao local para moradia e para o trabalho rural. Nota-se que o esforço de tais movimentos tem surtido efeito, pelo menos no âmbito urbano, em diminuir clivagens sociais na necessidade da moradia.

Por fim, o artigo apresenta como metodologia duas dimensões. A primeira de análise bibliográfica busca estabelecer os pressupostos teóricos do direito à moradia como direito fundamental. Além disso, situa a problemática que resultou em exigência a seu acesso. A segunda dimensão consiste em base empírica, pois foi aplicado questionário no Serviço de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas. Isso pelo fato de o Serviço atender, impreterivelmente, pessoas economicamente hipossuficientes. Por conseguinte, é possível constatar se existe um acesso amplo ou restrito ao direito à moradia, pelo menos, no caso da Cidade de Pelotas/RS, local da pesquisa.

1 O PRELÚDIO DA ERA GLOBAL NA AMÉRICA LATINA, OS MOVIMENTOS SOCIAIS, O ESTADO E A QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A globalização traduz uma atmosfera comandada por empresas transnacionais – os chamados conglomerados econômicos –, pelo livre comércio e as privatizações. Na sua atual conjuntura, Estados Unidos, Japão e Europa Ocidental (principalmente a Alemanha) consolidam-se como os principais nomes de força do processo, juntamente com as corporações transnacionais e organizações multilaterais. A partir deste cenário, o capitalismo global – ou neoliberalismo – agrava as contradições sociais em todos os setores e isto se dá mais fortemente nos países mais pobres.

Para Bauman (1999), com a globalização, o “tripé da soberania” (a autossuficiência militar, econômica e cultural) é afetado de maneira irreversível. A insuficiência militar é agravada frente às dificuldades sociais, como o desemprego, por exemplo, que corroboram, dentre outros fatores, o recrudescimento da violência e a insegurança, conforme tratado antes. Com relação ao aspecto cultural, a avalanche da indústria cultural, em todos os seus níveis e estilos, fomenta uma sociedade do consumo que é alimentada constantemente por produtos feitos sob medida e com curto tempo de duração e apreciação, conforme salienta García Canclini (1995). Já na área econômica, devido à pujança dos mercados financeiros globais, o Estado perde sua força, ficando reduzido ao âmbito político.

E é sob esse cenário que movimentos sociais (sobre) vivem. Nesta caminhada, um grupo como o MST (Movimento dos Sem-Terra) “propõe ser um ‘igual’ numa sociedade marcada por clivagens da desigualdade socioeconômica e político-cultural” (Gohn, 2000: p.154), as quais implicam exclusão.

Porém, na prática, sabemos que, atualmente, a discussão em torno dos direitos humanos – questão de fundo deste artigo – fica reduzida pelo Estado aos interesses de forças hegemônicas da sociedade. E são justamente estes agentes sociais que promovem a exclusão dos chamados populares,³ ou seja, os blocos vulneráveis tais como os cidadãos que não possuem moradia e os trabalhadores dos

³ Segundo Gallardo (2006, p. 15), “um setor ou indivíduo é caracterizado socialmente como popular porque ocupa um espaço gestado estruturalmente como de vulnerabilidade ou, o que é semelhante, sofre alguma assimetria ou relação constituída de império/sujeição também sistêmica”.

setores rurais (GALLARDO, 2006). Princípio da injustiça, a exclusão pressupõe, assim, admitir um não pertencimento a um grupo civil que pertence a uma determinada comunidade⁴ (VILORRO, 2000).

Assim, nesse horizonte, a tarefa de discutir direitos humanos, além de urgente, consiste em reconstruir historicamente os cenários para que possamos entender as suas práticas. Significa detectar qual é a lógica vigente, quais são os atores envolvidos no processo e de que forma se dão as suas relações.

Nesse sentido, precisamos levar em conta um determinado e sempre complexo contexto sócio-histórico (e político) dos direitos humanos. É preciso (re)pensar⁵ os direitos humanos, dispensando atenção aos aspectos regionais como os relacionados ao âmbito brasileiro. É preciso (re)pensá-los “desde um plano de imanência – um corte transversal da realidade – onde convivam [harmoniosamente] diferenças, distinções e disjunções radicalmente opostas a toda uniformidade e homogeneização do mundo” (HERRERA FLORES, 2005, p. 46).

Pensar, portanto, de outro modo significa, então, problematizar a realidade. Significa tensionar forças distintas em contextos⁶ particulares. Significa “estabelecer vínculos, conexões, redes rizomáticas, nós que nos facilitem os encontros com os demais” (HERRERA FLORES, 2005, p. 237).

É verossímil dizer que, desde as ideologias naturais sobre direitos humanos, foram criadas categorias de não-pessoas, “ou seja, indivíduos, setores sociais ou povos e culturas que carecem desses direitos e de todo direito” (GALLARDO, 2006, p. 7) e que são tratados como meras “distorções de mercado”. Disso resulta uma total falta de respeito às diferenças. Sendo assim, agora, os “anormais”, estes seres indesejados que insistem em resistir, deverão ser aniquilados. Este pensamento gera um verdadeiro “terrorismo de Estado”, de onde são criados cenários que visam favorecer a manutenção da ideologia neoliberal da globalização (HINKELAMMERT, 2010).

Infelizmente, percebemos, assim, que essa realidade está longe de desaparecer devido ao atual contexto sócio-histórico brasileiro. No entanto, é urgente promover mudanças e estas obrigatoriamente implicariam alterações na atual economia, pois, sem isso, a sobrevivência da própria humanidade ficará ameaçada. O cenário latino-americano, de notável assimetria social, projeta novas discussões. A negação do “padrão de normalidade” da justiça e a conseqüente exclusão⁷ como injustiça fazem emergir “um novo sujeito moral”, que fará frente ao sujeito “normal” e que projetará “um novo modelo de justiça” (VILORRO, 2000, p.

⁴ Com relação aos requisitos “exigidos” para pertencer a uma determinada comunidade de consenso, primeiramente, temos que levar em conta que esta é formada por pessoas (forças hegemônicas) com determinadas características definidas e são justamente essas características que definem quem será aceito ou não na associação. Assim, os excluídos (forças contra-hegemônicas) apresentam diferenças determinadas que os deixam alheios ao grupo “normal” e essas podem ser de diversos tipos (raça, gênero, pertencimento a um determinado ambiente e/ou classe social etc.).

⁵ Em alusão à obra de Sánchez Rubio (2007).

⁶ Sociais, políticos, econômicos, culturais etc.

⁷ Villoro define a exclusão como sendo “a falta de coincidência entre a comunidade de consenso efetiva e outra comunidade possível de agentes morais” (2000, p. 114).

111), mais justo e igualitário, defensor de “uma igualdade na diferença” (SÁNCHEZ RUBIO, 2011, p. 14), modelo este que pode e deve ser universalizado.

Nesse contexto assimétrico, portanto, uma das esferas essenciais à dignidade humana é a questão da moradia, direito constante do rol dos direitos fundamentais da Carta Magna brasileira. No próximo tópico, procurar-se-á evidenciar a existência normativa do direito à moradia, em termos constitucionais. Em caso de confirmação, o argumento de ausência normativa é desde logo afastado.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA: A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O sistema jurídico brasileiro está ancorado na Constituição Federal (CF) de 1988, que trouxe inúmeros avanços na seara dos direitos ligados intimamente à dignidade humana (Art. 1º, III, da CF).⁸ A importância desses direitos fica evidenciada a partir da análise topográfica da CF, ou seja, a maioria encontra-se do art. 5º ao art. 17, que compreende desde os direitos fundamentais⁹ de liberdade até os direitos políticos. Outros direitos fundamentais são encontrados em diferentes locais da CF. Por consequência, as três dimensões dos direitos fundamentais constam do rol de direitos da CF.

Uma das funções dos direitos fundamentais é a de proteção dos cidadãos contra o Estado (MANSSSEN, 2000, p. 11) e a outra é atribuir o dever do Estado de assistir os cidadãos a partir da sua concretização e direcionamento à promoção da dignidade humana (BULOS, 2009, p. 673-675). Por conseguinte, os direitos fundamentais impõem ao Estado, conforme a natureza da norma, uma postura de não intervenção e outra de assistência – geralmente realizada por meio de políticas públicas.

2.1 A positivação do direito fundamental à moradia

A CF de 1988 estabeleceu como um dos direitos sociais o direito à moradia. Tal direito foi acrescido pela Emenda Constitucional n. 26/2000, pois no texto original não constava a moradia no rol do art. 6º.¹⁰ A questão da moradia aparece

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana... http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19/04/2014.

⁹ É importante salientar que o conceito de direitos fundamentais e direitos humanos são aparentados, porém não idênticos. Os direitos humanos estão relacionados ao nascimento dos bens jurídicos individuais como: vida, liberdade, igualdade e propriedade. Já os direitos fundamentais, no sentido constitucional, caracterizam-se por serem a dimensão subjetiva do direito público, por isso, (destaca-se) não são normas programáticas, mas direito de validade imediata (MANSSSEN, 2000, p. 5). A autoaplicabilidade – eficácia plena e imediata – dos direitos fundamentais apoia-se no art. 5º, §1º, da CF.

¹⁰ São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19/04/2014.

como um dos elementos – dentre o lazer, a educação, o vestuário, a higiene, o transporte – em que o valor do salário mínimo deve atender (art. 7º, IV, da CF).¹¹ Além desses dois dispositivos, o Brasil é signatário de diversos tratados e convenções internacionais¹² que versam sobre direitos humanos, os quais são incorporados ao sistema brasileiro como normas constitucionais autoaplicáveis, por força do art. 5º,¹³ §§ 2º¹⁴ e 3º,¹⁵ da CF.

A Emenda Constitucional n. 26/2000 reconheceu que a moradia é parte essencial da ideia de dignidade humana, assim como a liberdade, a igualdade, a saúde, o lazer dentre outros direitos. Salienta-se que sem o local digno para que se possa exercer a privacidade, recompor as fadigas do trabalho, cuidar e conviver com a família, a educação dos filhos, a alimentação dentre outras atividades inerentes à habitação. Nota-se que existem diversos direitos intimamente conexos com a necessidade de se ter uma moradia.

Como o acesso à moradia é um direito fundamental, o Estado encontra-se no dever de promovê-lo, principalmente, àqueles que não possuem condições ou meios próprios de possuir ou acessar a moradia. Destarte, o legislador constitucional estabeleceu como competência comum aos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) o dever de promover programas de construção de moradias (art. 23, IX,¹⁶ da CF) (BULOS, 2009, p. 844).

Os dispositivos constitucionais não são os únicos a promover o direito à moradia, normas infraconstitucionais também impelem o poder público (direta ou

¹¹ São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição: IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19/04/2014.

¹² Alguns desses tratados são: Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Art. XXV). Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 19/04/2014; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, promulgado pelo Brasil pelo Decreto 591/92 (Art. 11) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em 19/04/2014; Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1966 (III – Direitos econômicos, sociais e culturais). Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139390por.pdf>>. Acesso em 19/04/2014.

¹³ Todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19/04/2014.

¹⁴ Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19/04/2014.

¹⁵ Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19/04/2014.

¹⁶ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19/04/2014.

indiretamente) a agir no sentido do acesso à moradia, por meio de políticas públicas ou pela organização do espaço urbano e rural. São exemplos: a Lei n. 6.766/79, que trata do parcelamento do solo urbano; Lei n. 10.257/01, o Estatuto da Cidade, a Lei n. 8.245/91, que trata da impenhorabilidade do imóvel caracterizado como bem de família (BULOS, 2009, p. 677). Três exemplos que exigem que o acesso à moradia seja realizado da melhor forma possível, ou seja, não se trata apenas de construir e de distribuir a habitação, é preciso que ela esteja inserida no contexto geral das normas que regem as regras da habitação no Brasil. Ressalta-se que o princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII,¹⁷ e art. 170, III,¹⁸ da CF) contribui para o acesso à moradia (RANGEL; SILVA, 2009, p. 60).

Isso posto, cabe identificar se as pessoas acessam ou não seu direito à moradia. Para tal, aplicou-se um questionário aos assistidos pela Assistência Judiciária Gratuita da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas/RS. Os dados recolhidos servirão de base para identificar se tal público, em maior ou menor porcentagem, tem seu direito à moradia satisfeito.

3 O DIREITO AO ACESSO À MORADIA NA CIDADE DE PELOTAS/RS

Desde 1988, com a Constituição Federal, o direito à moradia consta no rol dos direitos fundamentais, que impõem ao Estado o dever de promover a concretização desse direito fundamental. Contudo, a concretização do acesso à moradia não foi de imediata prestação do ente estatal, foram precisos reivindicações dos movimentos sociais para pressionar o Estado, principalmente as organizadas pelo Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto (MTST).¹⁹ Nesse sentido, tem-se um protagonismo dos movimentos sociais na concretização dos direitos fundamentais, foi o que ocorreu em relação ao acesso à moradia.

O governo brasileiro, com o objetivo de sanar e de diminuir o déficit habitacional, criou programas de incentivo ao acesso à moradia. Um exemplo é o programa chamado “minha casa, minha vida”. Ele se encontra na segunda fase (2011-2014). Em 2010, após um ano de atividade, o programa atingiu um milhão de contratações, sendo 60% das habitações estão voltadas a famílias de baixa renda. Em termos de área urbana, que é o foco desse estudo, o programa está dividido em 3 faixas de renda mensal: 1) até 1.600 Reais; 2) até 3.100 Reais; 3) até 5 mil Reais.²⁰

¹⁷ A propriedade atenderá a sua função social. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19/04/2014.

¹⁸ A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III – função social da propriedade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19/04/2014.

¹⁹ Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto. Disponível em: <http://www.mtst.org/>. Acesso em 24/07/2014.

²⁰ *Governo Federal*. Disponível em: <http://www.pac.gov.br/minha-casa-minha-vida>. Acesso em 12/07/2014.

Para se ter uma noção parcial da concretização do direito fundamental à moradia, utilizar-se-á o exemplo da cidade de Pelotas,²¹ localizada no Estado do Rio Grande do Sul. Aplicou-se um questionário²³ no serviço de assistência judiciária gratuita (SAJ) da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas. Tal escolha foi determinada pelo público alvo do serviço de assistência ser de baixa renda – necessita da concessão de justiça gratuita –, por isso, tendo maior dificuldade, por meios exclusivamente próprios, ter acesso à própria moradia. O SAJ atende em média de 20 a 30 pessoas semanalmente.

O contexto citadino em que se encontram essas pessoas é o de uma cidade de porte médio, com uma população estimada em 2013 de 341.180 habitantes em um território de 1.610,084 Km². A sua densidade demográfica é de 203,89 (hab/Km²).²⁴ O valor do rendimento nominal mediano mensal *per capita* dos domicílios particulares permanentes rurais é de 510 Reais e urbano é de 570 Reais.²⁵ Nota-se que esse valor não é o mais baixo no Rio Grande do Sul, nem o mais alto. O índice de desenvolvimento humano municipal (idhm) de 2010 é de 0,739,²⁶ ou seja, é alto em relação a outros municípios do Estado do Rio Grande do Sul.

Essas informações básicas entrecruzam-se com as informações colhidas pelo questionário aplicado no SAJ. Tais informações revelam que dos 16 entrevistados tem-se 5 homens e 11 mulheres. Em termos de idade, preponderou a faixa etária acima de 40 anos, com 5 entrevistados, cada uma das demais faixas etárias (de 18 a 25, de 26 a 30 e de 31 a 35) tiveram 3 entrevistados. Desses 16 entrevistados, o número de residentes em cada moradia consiste 4 em 6 pessoas residências, 5 pessoas em 4 residências e 2 e 3 pessoas em 3 residências. Nota-se que o número de pessoas em uma residência não é elevado se considerar a ideia de família moderna.

A renda é um fator importante no tangente ao acesso à moradia. Destarte, 7 dos entrevistados declararam que possuem renda acima de 1.500 Reais e 7, também, possuem renda entre 700 Reais e 1.500 Reais e 2 declararam que recebem menos de 700 Reais. Isso indica que a maioria dos entrevistados recebe acima do salário

²¹ A cidade encontra-se a 246 km da capital do Estado, Porto Alegre. Pelotas possui aeroporto internacional, porto fluvialacustre e acesso a duas estradas federais, a BR 116 e a BR 392. Além disso, é uma cidade que possui duas instituições federais de ensino superior (Universidade Federal de Pelotas e Instituto Federal Sul-Rio-Grandense) e duas instituições privadas de ensino superior (Universidade Católica de Pelotas e Anhanguera Educacional). Possui, ainda, outras instituições de ensino superior e técnico.

²² O programa “Minha casa, minha vida” tem quatro empreendimentos em Pelotas, 3 em andamento e um concluído. *Governo Federal*. <http://www.pac.gov.br/minha-casa-minha-vida/urbanizacao-de-assentamentos-precarios/rs>. Acesso em 12/07/2014.

²³ É preciso destacar a dedicação e a disponibilidade dos graduandos da Faculdade de Direito que aplicaram o questionário: Nikolai Bezerra Frio e André Kabke Bainy. Nosso agradecimento.

²⁴ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=431440&search=rio-grande-do-sul|pelotas>>. Acesso em 05/07/2014.

²⁵ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?lang=&codmun=431440&idtema=16&search=rio-grande-do-sul|pelotas|sintese-das-informacoes>>. Acesso em 05/06/2014.

²⁶ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?lang=&codmun=431440&idtema=118&search=rio-grande-do-sul|pelotas|%C3%8Dndice-de-desenvolvimento-humano-municipal-idhm->>>. Acesso em 05/06/2014.

mínimo. Logo, a renda, em tese, é superior à mínima, o que demonstra maior poder econômico por parte dos entrevistados e, com isso, uma possibilidade maior de acesso à moradia, em termos de recursos financeiros – embora ainda de baixa renda em face ao custo da aquisição da moradia.

No tocante ao questionamento sobre a escolaridade, busca-se presumir – de forma relativa – as condições de acesso às informações e aos direitos, obteve-se 7 entrevistados com ensino médio incompleto, 4 com ensino fundamental completo, 2 com ensino fundamental incompleto, 2 com ensino médio completo e 1 com ensino superior incompleto. Os números se encontram conforme a média brasileira em termos de escolaridade.

Dos 16 entrevistas metade possui moradia própria, desses 8 entrevistados que a possuem, 4 adquiriram com recursos próprios, 3 com recursos próprios e auxílio do governo e 1 só com o auxílio governamental. Contudo, a questão que se refere se conhece alguém que adquiriu o imóvel de um programa de governo, 15 responderam afirmativamente e 8 adquiriram com recursos próprios e auxílio do governo e 7 somente com o auxílio do governo.

Os resultados recolhidos pelas respostas do questionário referentes ao acesso à moradia demonstram uma disponibilidade do Estado brasileiro em auxiliar e promover ao acesso à moradia, pois 4 mais 15, no mínimo, obtiveram algum tipo de auxílio estatal. Esse cálculo é feito pelos 4 que tiveram esse benefício e pelos 15 conhecidos dos entrevistados que também tiveram acesso à moradia com a participação de recursos do Estado brasileiro. O déficit ainda existe e é necessário aumentar o acesso à habitação, porém observa-se o esforço do ente estatal em promover esse direito fundamental e outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fundamental de acesso à moradia perfaz-se em um direito de complexa concretização, pois exige um relevante aporte financeiro seja pela quantidade de indivíduos necessitados ou pelo custo econômico financeiro que a moradia exige. O déficit habitacional no Brasil é relevante, porém o Estado vem realizando programas de acesso à moradia. O esforço do Estado é redobrado diante das exigências da globalização e transnacionalização da economia, justamente pelo fato de o Estado ter que atender as imposições internacionais e as nacionais.

Os movimentos sociais na América Latina são exemplos latentes do confronto político econômico entre os excluídos e as exigências da globalização. Eles mantêm em latência as necessidades legítimas a serem sanadas no que tange à dignidade humana conformada pelos direitos fundamentais. Além disso, pressionam o Estado a efetivar direitos constitucionalmente previstos e internacionalmente estabelecidos. O déficit habitacional vem sendo reduzido conforme as reivindicações encontram a legitimidade institucional e forcem a ação do ente estatal em promover os direitos básicos. Isso vem ocorrendo na última década em que a política pública habitacional vem sendo implementada, como é o caso do programa “Minha Casa,

Minha Vida”, do governo federal. Mesmo assim, os movimentos sociais, como o MTST, continuam se manifestando no sentido de manter em voga a demanda pela moradia.

A cidade de Pelotas revela o grau de efetivação do direito à moradia. Trata-se de uma cidade que possui padrões médios em termos do Rio Grande do Sul. A economia pelotense na está calcada em indústria, mas consiste no comércio e serviço. A partir do resultado do questionário (supracitado) verificou-se a presença do Estado na consecução ao acesso à moradia. A maioria dos entrevistados obteve ou conhece quem obteve auxílio total ou parcial do Estado no acesso à moradia. Isso indica a execução de política pública no sentido de concretização do direito fundamental à moradia e redução do déficit habitacional, no caso da realidade da cidade de Pelotas.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Z. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GALLARDO, H. **Derechos humanos como movimiento social**. Bogotá: Desde abajo, 2006.

GARCÍA CANCLINI, N. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos multiculturais da globalização. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995.

GOHN, M. G. **Terceiro Setor e MST: impacto sobre o futuro das cidades e do campo**. Petrópolis: Vozes, 2000.

Governo Federal. <http://www.pac.gov.br/minha-casa-minha-vida>. Acesso em: 12/07/2014.

Governo Federal. <http://www.pac.gov.br/minha-casa-minha-vida/urbanizacao-de-assentamentos-precarios/rs>. Acesso em: 12/07/2014.

HERRERA FLORES, J. **Los derechos humanos como productos culturales**. Crítica del humanismo abstracto. Navarra: IPES, 2005.

HINKELAMMERT, F. J. **La transformación del estado de derecho bajo el impacto de la estrategia de globalización**. Disponível em <<http://www.pensamientocritico.info/articulos/articulos-de-franz-hinkelammert/183-la-transformacion-del-estado-de-derecho-bajo-el-impacto-de-la-estrategia-de-globalizacion.html>> Acesso em: 12/07/2014.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

<http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=431440&search=rio-grande-do-sul|pelotas>. Acesso em: 05/07/2014.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

<http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?lang=&codmun=431440&idtema=16&search=rio-grande-do-sul|pelotas|sintese-das-informacoes>. Acesso em: 05/06/2014.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

<http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?lang=&codmun=431440&idtema=118&search=rio-grande-do-sul|pelotas|C3%8Dndice-de-desenvolvimento-humano-municipal-idhm->. Acesso em: 05/06/2014.

MANNSSEN, G. **Grundrechte**. München: Beck, 2000.

Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto. <http://www.mtst.org/>. Acesso em: 24/07/2014.

RANGEL, H. M. V. e SILVA, J. V. da. “O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do Estatuto da Cidade”. **Veredas**. Belo Horizonte. v. 6, n. 12, p. 57-78, Julho-Dezembro, 2009.

SÁNCHEZ RUBIO, D. **Desafios contemporáneos del derecho**: diversidad, complejidad y derechos humanos. *Mimeo*, 2011.

VILLORO, L. “Sobre el principio de la injusticia: la exclusión” (VIII Conferencias Aranguren, 1999). **Isegoría**. Madrid: Instituto de Filosofía, 2000. p. 103-142.

Recebido em 23.02.2016

Aceito em 31.03.2017

O DESAFIO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL E A COMPARAÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS

THE CHALLENGE OF ACCESS TO JUSTICE IN BRAZIL AND ITS THE COMPARISON IN PORTUGUESE LAW

Zaiden Geraige Neto¹
Ticiani Garbellini Barbosa Lima²
Jonatas Ribeiro Benevides³

Sumário: Introdução. 1 O acesso à justiça no Brasil. 2 Formas alternativas de resolução de conflitos. 2.1 Conciliação. 2.2 Mediação. 3 O acesso à justiça em Portugal. 4 Métodos alternativos de solução de conflitos em Portugal. Considerações finais. Referências.

Resumo: Trata-se de pesquisa jurídica interdisciplinar abrangendo o Direito Processual Civil, Direitos Coletivos e Direito Comparado. Inicia-se com breve análise do acesso à justiça no Brasil, para, em seguida, analisar-se as formas alternativas de resolução de conflitos com enfoque na conciliação e na mediação. Por fim, trabalha-se a questão do acesso ao direito à justiça em Portugal, e dos métodos alternativos de resolução de conflitos em Portugal, sempre com o objetivo de demonstrar a evolução dos direitos com base no acesso à justiça e sua comparação no direito português.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Brasil. Comparação. Direito Português.

Abstract: This is an interdisciplinary juridical research covering the Civil Procedure Law, Collective Rights and Comparative Law. The article begins with a brief review of the access to justice in Brazil, to then analyze the alternative forms of conflict resolution with a focus on conciliation and mediation. Finally, it works around the issue of access to law and justice in Portugal and alternative methods of conflict resolution in Portugal, always maintaining the objective of demonstrating the evolution of rights based upon access to justice and its comparison on the right Portuguese.

Keywords: Access to Justice. Brazil. Comparison. Portuguese Law.

INTRODUÇÃO

A globalização, a evolução tecnológica, a facilidade de se relacionar no comércio exterior, entre outros, trouxeram para a sociedade mundial um crescimento

¹ Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor de Direito do Mestrado da UNAERP. Professor convidado do curso presencial de pós-graduação "lato sensu" em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP – Ribeirão Preto (FDRP/USP). MBA Executivo pela FGV (Fundação Getúlio Vargas). Membro efetivo e Diretor de Relações Institucionais do IASP. Membro das Comissões de Processo Constitucional e Bioética do IASP. Membro efetivo do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros). Parecerista e consultor da revista do Conselho da Justiça Federal. Advogado. E-mail: zgneto@uol.com.br

² Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP – UNAERP. Advogada. E-mail: ticianilima@yahoo.com.br

³ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP – UNAERP. Advogado. E-mail: jonatas@geraigeadvogados.com.br

rápido e desenfreado, ocasionando momentos de crises e uma das consequências foi o aumento de demandas judiciais, uma vez que o aumento de relações entre os sujeitos acaba por diversas vezes em conflitos de interesses, nas mais diversas áreas.

Por sua vez cabe ao Estado Democrático de Direito zelar pelos interesses da sociedade de modo individual e coletivo, solucionando os conflitos existentes, mas com o crescimento das demandas o Estado não consegue efetivar o acesso à justiça com a função de oferecer às partes uma resposta efetiva.

Assim, o Estado, que possui a função de atender às expectativas da população, criou os métodos alternativos de resolução de conflitos (ADR do inglês *Alternative Dispute Resolution* ou RDA do castelhano *Resolución Alternativa de Disputas*), com a finalidade de obter a pacificação social, exercício da cidadania, diminuição da litigiosidade e evitar o excessivo acesso ao Poder Judiciário.

Nesse contexto, indaga-se como são utilizados os mecanismos alternativos de resolução de conflitos hoje no Brasil e em Portugal. Esse acesso à justiça é efetivo para todos?

1 O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

A expressão *acesso à justiça* está abarcada pelo inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, que advém do direito fundamental à efetividade processual.⁴ A garantia que os direitos da população sejam resguardados não depende apenas da resolução de litígios pelo Poder Judiciário, mas podem ser efetivados também pelos mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

O direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado está assegurado, na Carta Magna, a todas as pessoas, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (CF, art. 5º, XXXV), o legislador garante o acesso à solução de controvérsias pelo Poder Judiciário.

Assim, a garantia à efetividade processual pode ser considerada como direito fundamental, que será obtida por meio da tutela jurisdicional adequada. Nesse sentido, bem observa Robert Alexy (1997, p. 474) que

una comparación de los derechos a procedimiento em sentido estricto com los derechos a competencias de derecho privada muestra claramente los diferentes objetivos que se persiguen en el ámbito de la organización y el procedimiento. Mientras que los derechos a competencias de derecho privado aseguran, sobre todo, la posibilidad de que puedan realizarse determinadas acciones iusfundamentalmente garantizadas, los derechos a procedimiento em sentido estricto sirven en primer lugar, para la protección de posiciones jurídicas existentes frente al Estado y frente a terceros. Por ello, es posible tratar a estos últimos también dentro del marco de los derechos a protección.

⁴ Para maiores informações sobre o tema, vide obra: GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2003.

Assim, a efetivação da garantia processual, depende do direito constitucional de ação e do devido processo legal, cabendo ao Poder Judiciário efetivar o pedido de prestação jurisdicional.

Nos séculos XVIII e XIX a solução de litígios apresentava um comportamento individualista. O acesso à justiça significava apenas o mero acesso, ou seja, o mero ingresso ou o simples fato de conseguir ajuizar uma ação. Pouco se importava se o processo seria bom ou ruim, o recolhimento das custas judiciais, a contratação de um profissional habilitado para auxiliar o sujeito no processo, seja para o ingresso ou para responder a uma ação, não era responsabilidade do Estado.

Por muito tempo os direitos humanos foram considerados distantes da justiça e de sua efetivação no plano concreto. Poucos conseguiam, de fato, efetivar seu direito a ter direitos. Mas com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o desenvolvimento do conceito de direitos humanos e o caráter coletivo das ações, o modelo individualista foi cedendo espaço à coletivização das demandas.

De acordo com Cappelletti (2002, p. 31), o acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, tendo início em 1965, seguindo mais ou menos uma sequência cronológica.

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses “difusos”*, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente *“enfoque de acesso à justiça”* porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

A primeira onda de acesso à justiça estava voltada para os pobres e visava proporcionar um serviço jurídico para eles. O auxílio de um advogado é fundamental e indispensável para o ajuizamento de uma ação. Assim, a assistência judiciária é destinada àqueles que não podem custear o processo. Algumas melhorias no sistema de assistência judiciária que merecem destaque são: a) o sistema *judicare*; b) o advogado remunerado pelos cofres públicos; e c) modelos combinados, sendo a combinação entre os dois principais modelos de sistemas de assistência jurídica, um sistema complementando o outro.

A segunda onda veio no esforço de melhorar o acesso à justiça, centrando seu foco especificamente nos interesses difusos. Em segundo lugar, busca-se transformar o papel do juiz, uma vez que a visão individualista do processo judicial passa a se fundir com uma visão coletiva, potencializando as ações de sociedades de classe e de interesse público.

A terceira onda é vista como o enfoque do acesso à Justiça, por utilizar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma como uma das alternativas para melhorar o acesso à justiça.

O movimento de acesso à justiça, por motivos históricos, pode-se dividir em três períodos: a) mero acesso ao Poder Judiciário, conforme já mencionado; b)

acesso ao Poder Judiciário com resposta tempestiva, ou seja, a justiça tinha que apresentar uma resposta em tempo hábil, independente da qualidade; c) acesso a uma solução efetiva para o conflito por meio de participação adequada do Estado, sendo este o momento atual, visto que não basta uma resposta tempestiva. Deve haver uma resposta efetiva para solucionar o conflito entre as partes.

O segundo período foi marcado pela contribuição de juristas, sociólogos, economistas, doutrinadores, magistrados, entre outros, que entendiam que não bastava o acesso à justiça, sem a efetividade de se obter do Poder Judiciário com uma sentença em tempo hábil. Então, complementando o primeiro período, o acesso à Justiça deve estar acompanhado da expectativa de obter uma resposta em tempo razoável, de modo tempestivo.

O terceiro e atual período do acesso à Justiça é o abandono de fórmulas exclusivamente positivadas, já que o Estado percebeu que tem falhado na missão de pacificar as relações sociais em razão da alta demanda de ações, o alto custo das despesas judiciais e o excessivo formalismo processual. Esse período passa a mensagem que devem ser estimulados os mecanismos alternativos de soluções de conflitos e para que esses métodos funcionem devem ser efetivamente proporcionados a sociedade, carecendo de uma mudança de mentalidade dos operadores do direito, deixando a mentalidade litigiosa e introduzindo uma disciplina sobre o tema nas faculdades de direito, conforme a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça.

Naturalmente, somente podemos pensar no terceiro período se o primeiro e o segundo estiverem minimamente atingidos.

2 FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

As formas alternativas de resolução de conflitos são criações de meios que utilizam procedimentos mais simples e/ou julgadores mais informais. As alternativas mais comuns são a arbitragem, a conciliação e a mediação. Essas alternativas podem ser obrigatórias ou facultativas para as partes, dependendo do caso concreto.

No Brasil os métodos alternativos de resolução de conflitos vêm conquistando seu espaço como consequência da crise do judiciário, já que se podem resolver os conflitos voluntários ou compulsórios, que quando resolvidos, ajudam o Poder Judiciário no descongestionamento de demandas propostas.

Importante destacar que a aceitação da população em utilizar os métodos alternativos não retira do Poder Judiciário e nem diminui seu poder na resolução das demandas sociais, mas apenas o auxilia na resolução dos conflitos.

Em seguida abordaremos primeiro a conciliação e depois a mediação. A arbitragem não será objeto de abordagem no presente trabalho.

2.1 Conciliação

Esse método já era prática admitida entre os hebreus, nas leis da Grécia antiga e na Lei das XII Tabulas (MEDINA, 2004, p. 31).

A conciliação é um método que utiliza a participação de um terceiro que apresenta sugestões de acordo com as intenções das partes que buscam uma composição em que ambas se sintam satisfeitas. Na conciliação, o terceiro não pode intervir na relação e impor sua própria vontade.

O conciliador respeita a vontade das partes e somente elas podem colocar fim ao litígio. Esse terceiro que atua como conciliador apenas deve propor acordos e encaminhar as soluções, deixando as partes expressarem sua vontade. Existe também a conciliação pré-processual, que ocorre antes de surgir o processo, ambas as partes chegam a um acordo que põe fim ao processo.

No método estudado, não existe a necessidade de produção de provas, tudo é resolvido em apenas um único ato, é considerada como uma solução pacífica porque as partes podem procurar resolver seu problema de modo espontâneo e voluntário, visando obter um resultado que beneficie ambas as partes.

O legislador brasileiro preocupou-se com o procedimento e regulamentou sua utilização que pode ser processual ou extraprocessual. O Código de Processo Civil dispõe sobre a conciliação nos artigos 125, IV, 277, 331 e 448, no Juizado Especial de acordo com a Lei 9099/95 estão previstas as audiências conciliatórias, também previstas para o rito ordinário; já na justiça do trabalho pode-se encontrar a previsão nos artigos 625-A e 846 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A conciliação é uma ótima alternativa para vários tipos de demandas e partes, e contribui sobremaneira para descongestionar o judiciário, sendo certo que os resultados têm sido muito eficazes.

O Conselho Nacional de Justiça promove diversos projetos encorajando o uso da conciliação, sendo um deles o denominado "semana nacional de conciliação", com o tema "conciliar é legal", que reúne várias pessoas para conversar, negociar e chegar a um acordo justo entre elas.

2.2 Mediação

Não se sabe precisamente onde surgiu o método da mediação. De acordo com Maria de Nazareth Serpa (1999, p. 67-68) suas origens remontam à China antiga uma vez que

os chineses, na antiguidade, influenciados pelas ideias do filósofo Confúcio, já praticavam a mediação como principal meio de solucionar contendas. Confúcio acreditava ser possível construir-se um paraíso na terra, desde que os homens pudessem se entender e resolver pacificamente seus problemas. Para ele, existia uma harmonia natural nas questões humanas que não deveria ser

desfeita por procedimentos adversariais ou com ajuda unilateral. Seu pensamento estabelecia que a mais justa maneira de consolidar essa paz seria através da persuasão moral e acordos e nunca através de coerção ou mediante qualquer tipo de poder.

A mediação também é um método alternativo de resolução de conflitos, em que as partes recebem o auxílio de um terceiro imparcial, o mediador, que busca uma solução amigável sobre o conflito em questão.

O Conselho Nacional de Justiça (2013) apresenta o seguinte conceito sobre mediação:

A Mediação também é uma forma de solução de conflitos por meio de uma terceira pessoa (facilitador) que não está envolvida com o problema. A proposta é que o facilitador favoreça o diálogo entre as partes, para que elas mesmas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. A Mediação pode ser mais demorada e até não terminar em acordo, como sempre acontece na Conciliação. Mas, mesmo assim, as partes têm considerado a Mediação bastante positiva, pois, ao final dos debates, os envolvidos estão mais conscientes e fortalecidos.

Para Ricardo Goretti Santos (2012, p. 93-94), a mediação pode ser definida

como uma prática autocompositiva de condução e solução de conflitos, direcionada a auxiliar indivíduos envolvidos em relações, ou mesmo potencialmente conflitantes, a solucioná-las ou preveni-las, respeitados os interesses, necessidades e possibilidades em jogo. Tudo ocorre de forma voluntária, consensual, autônoma, sigilosa, informal e flexível.

A mediação se desenvolve mediante a intervenção de um terceiro imparcial, sem poderes decisórios, capacitado a permitir que as partes conflitantes (conhecidas sob a designação de mediados), por meio de um trabalho conjunto e pautado no respeito mútuo, no diálogo e na realização de concessões parciais ou totais, descubram, dentre as soluções cabíveis para o conflito, aquela que melhor se adequa ao caso concreto.

No que se refere à mediação, importante destacar o ensino de Calmon (2007, p. 115), no sentido de que

para estudar a negociação, ou seja, para compreender os fatores que estão na base do processo negocial, seus mecanismos psicológicos e comportamentais, faz-se necessário adquirir formação e experiência profissionais. Saber negociar é um componente essencial da profissão jurídica, pois todo contencioso pode requerer certo empenho neste sentido, seja na fase extrajudicial ou processual. Boa parte dos conflitos civis e comerciais, assim como outros tipos de controvérsia, são frequentemente instaurados com a consciência de que se pode chegar a um acordo durante o procedimento.

A importância do mecanismo é possibilitar a satisfação dos interesses dos representados, a redução do custo e do tempo de duração do conflito.

Em relação à legislação brasileira, cabe salientar que no projeto do Novo Código de Processo Civil, inseriu-se no capítulo III, seção VI, o título "Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais", que prevê em seu art. 166 mecanismos para solução de litígios, da seguinte forma:

Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º Em casos excepcionais, as audiências ou sessões de conciliação e mediação poderão realizar-se nos próprios juízos, desde que conduzidas por conciliadores e mediadores.

§ 3º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 4º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que geram benefícios mútuos.

Já no art. 167 o legislador reforça o entendimento, hoje expresso pela doutrina, no sentido de que ambos os métodos devem respeitar os princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada.

Tais dispositivos trazidos pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil, sem dúvida reforçam a importância dos meios alternativos de resolução de conflitos para garantia da efetivação dos direitos das partes envolvidas, que poderão alcançar maior satisfação na solução de seus conflitos.

3 O ACESSO À JUSTIÇA EM PORTUGAL

A evolução que o direito Português sofreu nas últimas décadas pode ser dividida em três partes. A primeira, em 1970, com a criação do regime de assistência judiciária aos mais pobres. Posteriormente, em 1987, entrou em vigor um regime mais alargado de apoio ao Poder Judiciário e a atribuição à Ordem dos Advogados da nomeação de patronos com uma remuneração mais adequada à classe. Por fim, em 2000, a desjudicialização do processo, com a estipulação para a Ordem dos Advogados nomear apenas advogados para participarem de processos em que a lei exige sua presença, não permitindo mais a participação de estagiários, melhorando assim a remuneração dos advogados que prestam serviços no âmbito do apoio judiciário.

A Constituição da República Portuguesa (1976), abarca o direito à informação jurídica e ao patrocínio jurídico, o direito de acesso aos tribunais e ao direito está previsto no artigo 20, nestes termos:

Artigo 20º

(Acesso ao direito e tutela jurisdiccional efectiva)

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.
2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.
3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.
4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.
5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

A legislação pretende proteger com o apoio judiciário, os sujeitos economicamente mais carentes e também aqueles que se encontrem em situações de desigualdades no recurso aos tribunais por circunstâncias eventuais.

4 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM PORTUGAL

O Instituto de Mediação e Arbitragem de Portugal (IMAP), entidade sem fins lucrativos, realiza palestras, cursos e eventos relativos à mediação, à conciliação e à arbitragem com a finalidade de preparar os profissionais para o exercício de proporcionar aos clientes uma solução de conflitos através dos métodos alternativos de resolução de querelas em Portugal, atuando em parceria com o Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil (IMAB), outra entidade sem fins lucrativos fundada em 1994.

Portugal possui vários Centros de Conciliação, Mediação e Arbitragem com competências genéricas e especializadas para atender os diversos ramos do direito, a realidade de Portugal permite que a população solucione suas querelas utilizando os métodos alternativos.

Em 19 de abril de 2013 foi publicada a Lei nº 29/2013 – Lei da Mediação, que consagrou os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública. A legislação deve ser aplicada independentemente da natureza do litígio que vai ser objeto de mediação e possibilitou a unificação dos diplomas que antes se encontravam dispersos na legislação portuguesa.

Com um único diploma sobre o assunto fica mais fácil para os profissionais oferecerem aos cidadãos e às empresas a utilização dos métodos alternativos de

solução ao invés de ingressar no judiciário para solucionar o litígio, proporcionando uma solução com maior informalidade, celeridade e acessibilidade, para ambas as partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução dos direitos no Brasil encontrou diversos entraves de ordem econômica, política, social e cultural. A origem colonial deixou um legado de injustiça social difícil de ser combatido, sendo perceptível pela sociedade. As diversas experiências de nossa democracia em recontextualizarem alguns aspectos essenciais à resolução de conflitos, por diversas vezes apresentou uma resistência à ideia de alterar a convenção social e a mentalidade litigiosa do ocidente.

Em Portugal, com a edição da Lei nº 29/2013, verifica-se que a população conseguiu um melhor atendimento com relação à resolução de conflitos por métodos alternativos, gerando uma satisfação por parte da população e dos aplicadores do direito, que conseguiram simplificar a estrutura de apresentação dos métodos, tornando-os mais acessíveis. Além de uma Lei unificada, eles também possuem vários centros de soluções de conflitos em todo País, para atender a demanda de sujeitos que optam por resolver suas querelas de modo informal, célere e acessível.

A função principal do direito é proporcionar a pacificação social, a preservação e o aperfeiçoamento de relações sociais. Todos os operadores do direito são fundamentais para ajudar na mudança de mentalidade dos novos juristas que ainda estão na academia jurídica e também da sociedade como um todo, auxiliando e proporcionando que as partes busquem a solução de conflitos, quando possível, através de métodos alternativos, como a conciliação e a mediação, recebendo um tratamento que estimule a compreensão da solução, humanização de disputa, manutenção da relação social e uma realização pessoal, já que tais métodos não proporcionam vencedores e perdedores, todos ganham porque as partes decidiram assim.

Com os esforços de efetivamente proporcionar a sociedade a utilização dos métodos, a mudança de mentalidade dos operadores do direito e a introdução da disciplina nas faculdades de direito, consequentemente proporcionará um aumento progressivo nos índices de satisfação da população e a própria justiça conseguirá proporcionar o acesso à justiça com uma resposta tempestiva e efetiva aos litigantes.

Por fim, poderemos observar que o Poder Judiciário, passará a atender apenas os jurisdicionados com problemas jurídicos e conflitos de interesses, depois de passar pelo filtro da litigiosidade, gerando uma redução da carga de serviços ao Judiciário e uma maior celeridade nas demandas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANNONNI, Danielle. *O direito humano de acesso à justiça no Brasil*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 125*, de 29 de novembro de 2010. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso: 26 nov. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Conciliação*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao>>. Acesso: 26 nov. 2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

CUNHA, Eduardo Maia Tenória da; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Tipologia dos direitos humanos de terceira dimensão e acesso à justiça. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 39-57, jul./set. 2012.

GERALDES, António Santos Abrantes. Processo Especial experimental de litigância de massas. In: *AJP Novas Exigências do Processo Civil*. Editora Coimbra, 2007, p. 153-173.

GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2003.

GOUVEIA, Mariana França. A acção especial de litigância de massas. In: *AJP Novas Exigências do Processo Civil*. Editora Coimbra, 2007, p. 137-152.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. v. 1. 1. ed. PT: Coimbra Editora, 2007.

JUSTI, António dos Santos. O direito romano em Portugal. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, ano I, n. 40 e 41, p. 81-104, 1º e 2º semestre 2011.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

MAZZEI, Rodrigo. Tutela coletiva em Portugal: uma breve resenha. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 652-691.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa Dos Interesses Difusos Em Juízo*. 26. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. Processo e direitos fundamentais: brevíssimos apontamentos. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 127-145, jul./set. 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Leonardo Silva. As ações coletivas em Portugal. *Revista Jurídica De Jure*. n. 18, p. 373-391. jan. - jun. de 2012.

PORTUGAL, LISBOA. *Constituição da República Portuguesa*, de 25 de abril de 1976. Disponível em: < <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> >. Acesso em: 18 out. 2014.

_____, LISBOA. Lei nº 83, de 31 de Agosto de 1995. *Direito de Participação Procedimental e de Acção Popular*. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=722&tabela=leis >. Acesso em: 18 out. 2014.

_____, LISBOA. Lei nº 24, de 31 de julho de 1996. *Lei de Defesa do Consumidor*. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis >. Acesso em: 18 out. 2014.

_____. *Direcção-Geral da Política de Justiça*. Lei nº 29/2013, de 19 de abril de 2013. Disponível em < http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/publicacao-da-lei-n-29/downloadFile/attachedFile_f0/L_29_2013.pdf?nocache=1366624150.65 >. Acesso em: 26 nov. 2013.

SANTOS, Ricardo Goretti. *Manual de mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SOUSA, Miguel Teixeira de. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português. *Revista de Processo*. n. 128, p. 79-107. outubro de 2005.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingeli. *O processo civil no terceiro milênio, principais obstáculos ao alcance de sua efetividade*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

Recebido em 20.10.2016

Aceito em 04.11.2016

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN EL CONGRESO DE VIENA 1814-1815

THE PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW AT THE CONGRESS OF VIENNA 1814-1815

Lucy Arraya¹

Sumario: 1 Breves antecedentes. 2 La búsqueda del equilibrio europeo. 3 El surgimiento de un nuevo esquema internacional. 4 Los Principios de DIP que establece y reafirma el Congreso de Viena de 1815. 5 Los principios de transición 1815-1945 que rigen el Sistema Internacional. Conclusión. Bibliografía.

Resumen: El siguiente análisis parte de la contextualización que precedió al Congreso de Viena entre 1814 y 1815, la cual estuvo caracterizada por el sistema imperialista napoleónico que dejó a un lado las concepciones tradicionales del derecho internacional público. En ese sistema imperialista se violaron las normas vigentes que habían sido alcanzadas hasta ese momento, y se vieron afectados la soberanía y los derechos fundamentales de los Estados. Esas actitudes hostiles llevaron a las potencias de la época a la búsqueda imperativa de un equilibrio europeo que estuviera sustentado en un orden jurídico internacional. Con el Congreso de Viena y de los sucesivos convenios e instrumentos internacionales que fueron suscritos, se dinamizaron las relaciones entre los nuevos miembros de la comunidad internacional, bajo la égida del respeto a la paz. Este cónclave pudo reunir a monarcas y diplomáticos de la época, con el fin común de lograr el equilibrio de Europa. De este importante encuentro, resultaron varias comisiones que se encargarían de los temas territoriales: esclavitud, derecho de mar y la situación de la carrera diplomática. En los documentos redactados, se reafirmaron los principios del DIP, muchos de los cuales han pasado a formar parte hoy día de la Carta de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de Estados Americanos (OEA). Entre los principios de derecho de gentes que fueron consagrados estuvieron: de igualdad, buena fe de los compromisos contraídos y la solución pacífica de las controversias. Asimismo, se fortalecieron los derechos fundamentales de los Estados, tales como: soberanía e independencia y, por primera vez, se propone la creación de un organismo internacional. Con estos logros se sentaron las bases para el moderno derecho internacional, pero la lucha de intereses entre los propios Estados cambió gran parte de lo estipulado en Viena, dejando en evidenciada la asimetría que existe entre la teoría y la práctica, que aún persiste en el mundo globalizado que vivimos hoy día.

Palabras claves: Congreso de Viena. Principios de derecho internacional. Equilibrio europeo. Orden internacional.

Abstract: The following analysis of the contextualization that preceded the Congress of Vienna between 1814 and 1815, which was marked by the Napoleonic imperialist system that set aside traditional concepts of public international law. In this imperialist system were affected existing norms that had been achieved, and so far have been violated, and sovereignty and the fundamental rights of States. Such hostile attitudes led to the powers of the imperative era to seek a European balance that was supported by an

¹ Abogada internacionalista, historiadora, politóloga y ex diplomática dominicana. Docente universitaria desde 1996, iniciando en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay. Hoy en las universidades Nacional Pedro Henríquez Ureña y Católica Santo Domingo, de la República Dominicana, respectivamente. E-mail: lucyarra@diplomats.com

international legal order. With the Congress of Vienna and the successive international conventions and instruments that were signed, relations between the new members of the international community, under the aegis of respect for peace, it became more dynamic. This conclave could reunite monarchs and diplomats of the time, with the common goal to reach the balance in Europe. In this important meeting, several commissions were to be responsible for territorial issues: slavery, the law of the sea and the status of diplomatic career. In written documents, International Public Law principles have been reaffirmed, many of which have become part of the Charter of the United Nations (UN) and the Organization of American States (OAS). Among the principles of the international law that were established, there was: equality, good faith commitments and the peaceful settlement of disputes. Sovereignty and independence were, for the first time, used for the establishment of a proposed international agency: besides the fundamental rights of States, as reinforced. With these achievements, the founding of modern international law was set, but the struggle of interests among the States themselves changed much from the provisions of Vienna, leaving asymmetry evidenced between theory and practice, which still persists in today's globalized world.

Keywords: Congress of Vienna. Principles of International Law. European and international order balance.

BREVES ANTECEDENTES

Haciendo un breve esbozo de aquel tiempo histórico e irrepetible, podemos señalar que la creación del sistema imperialista napoleónico dejó a un lado las concepciones tradicionales del derecho internacional público. Napoleón no solo usó la fuerza, sino que acompañó sus intervenciones del instrumento jurídico, la legislación y la jurisprudencia, que se desprendían del código napoleónico.

Los principios elementales del derecho, logrados hasta ese momento para regular las relaciones entre los Estados, no se respetaron, ni siquiera en época de paz, se violó la soberanía de los Estados y se impusieron las normas del imperio.

Ante la situación bélica, se hizo práctica común entre los países recurrir a los bloqueos continentales y a las coaliciones, principalmente de Inglaterra, como medidas coercitivas para lograr un acuerdo y la paz en el continente. No obstante, a pesar de haberse establecido algunos bloqueos a las mercancías de Francia e Inglaterra, las reacciones aumentaron con actitudes de represalias y de violación a los derechos comerciales, lo que llevó a las potencias de la época a la búsqueda imperativa del equilibrio.

2 LA BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO EUROPEO

Los tratados de Utrecht de 1713 y Rastadt 1714, que ponen fin a la guerra de sucesión en España pretendieron, dentro de sus objetivos, evitar la fragmentación europea, algo que no alcanzaron a tener por la división de intereses, más bien lo que hicieron estos tratados fue fortalecer el dominio que tenía Inglaterra sobre los mares y el comercio. Comentan Pereira Castañares y Martínez Lillo (1995), que por ese

control y poder fue la promotora de la "balanza de poderes" o del "equilibrio europeo".

Los Estados fieles a la consigna, *divide y vencerás*, fomentaron diplomáticamente la desconfianza. De ahí que surge la razón de Estado que justificó toda actividad en el período en cuestión. El respeto al derecho y el principio de buena fe, que debió caracterizar las relaciones entre los Estados, estuvieron ausentes y, tanto las intrigas como la desconfianza, convirtieron el siglo XVIII en una era de diplomacia sagaz, persuasiva e incapaz de solucionar la problemática europea.

El sistema de alianza se centró en dos bloques perpetuamente antagónicos, formados por las primeras potencias, a saber: Francia, Inglaterra, Austria y Prusia, formarían un primer bloque que pretendía el dominio de Europa Central, y en un segundo bloque teníamos a Rusia que también buscaba sus intereses y dominio en dicha región geográfica.

Los dos decenios de revoluciones internas y guerras exteriores con sus secuelas de injusticias, no hicieron más que fortalecer el anhelo de un restablecimiento del orden jurídico internacional.

3 EL SURGIMIENTO DE UN NUEVO ESQUEMA INTERNACIONAL

Cuando Napoleón es derrocado, renace entonces el antiguo *Ius gentium* o derecho de gentes. Gracias al Congreso de Viena y de los sucesivos convenios suscritos entre los aliados, se dinamizó la creación de un nuevo sistema internacional a partir de unas relaciones más activas bajo la égida del respeto a la paz y al derecho fundamental de los Estados.

Se consideró como principal objetivo el restablecimiento del antiguo orden jurídico internacional, sustentándose en los principios de legitimidad y de equilibrio. Con esos principios directivos tendrían que armonizarse los legítimos intereses de cada una de las potencias. Todos los adversarios de Napoleón convirtieron en programa suyo esa exigencia de restauración del derecho internacional, afirma Stadtmuller, citado por Rivarola Paoli (2003).

Desde 1814 a 1815, se llevó a cabo en la histórica ciudad de Viena, capital del imperio austríaco, la reunión que permitió agrupar monarcas de la época y diplomáticos, con el fin de lograr los objetivos arriba planteados. Es así, como el Congreso de Viena, hoy a 200 años, permitió el surgimiento de ese nuevo esquema que regularía las relaciones entre las potencias signatarias de aquellos documentos firmados en el marco del mismo.

Fueron varias las negociaciones, y mucho lo que se tuvo que ceder y recibir en pro de la paz y el equilibrio de Europa. Bajo todas las diferentes variables suscitadas y pese a los intereses opuestos, se logran mediante distintas comisiones, que fueron creadas para las deliberaciones, algunos acuerdos y metas trazadas. Las comisiones que integraron fueron:

1. Comisión alemana.
2. Comisión de tráfico de esclavos.
3. Comisión Suiza.
4. Comisión para Toscana.
5. Comisión para Cerdeña y Génova.
6. Comisión para el Ducado de Bouillon.
7. Comisión para la libertad de la navegación fluvial.
8. Comisión relativa al rango de los agentes diplomáticos.
9. Comisión estadística.
10. Comisión Jurídica.

Las citadas comisiones estudiaron por separado las cuestiones fundamentales, pero conocemos que los resultados tangibles de ese proceso que dieron con la configuración del nuevo mapa europeo que legó la Convención de Viena de 1815, tuvieron poco efecto en las futuras relaciones entre Estados.

Los personajes destacados en este cónclave fueron: Charles Maurice de Talleyrand, famoso diplomático y canciller de Francia, y Klemens Von Metternich, diplomático y canciller de Austria, quienes hicieron uso de sus habilidades estratégicas para manejar con maestría los argumentos del derecho de gentes y de legitimidad, exigiendo que en todas las discusiones habían de partir de los fundamentos del derecho público.

En el caso de Talleyrand, como citó en su obra Rosario De la Torre Del Río (2015), logró con su influencia y estrategia, manejar los fundamentos del derecho de gentes, y los principios de legitimidad e intervención. Cabe resaltar, que como resultado de su hábil gestión, a Francia le fue permitida la dirección del Congreso.

En cuanto a la comisión que trabajó los temas relativos al rango de los agentes diplomáticos, se acordó el establecimiento de cuatro categorías de diplomáticos, a saber: embajadores, enviados y ministros plenipotenciarios, ministros residentes y encargados de negocios. Dichas categorías se han mantenido en la actualidad con algunas variables.

Las nuevas políticas y regulaciones jurídicas producto de las deliberaciones que se dieron en el marco del Congreso de Viena, demostraron en el futuro toda la importancia que tuvo este acontecimiento, a pesar del surgimiento de otras fuerzas en el contexto internacional, fue significativo porque fue la primera vez que un tipo de evento de tanta envergadura reuniera a Jefes de Estado, Gobierno, reyes y representantes diplomáticos.

Además, de que culminó con la propuesta de una organización internacional, que fue la Santa Alianza, cuyo nombre se debió a la exaltación religiosa de su mentor el zar Alejandro I. Austria, Prusia, Rusia e Inglaterra firmaron su acta fundacional como un tratado político que pretendía lograr un pacto de seguridad contra Francia tras las guerras napoleónicas, y que al final fue ampliado para evitar una nueva guerra en dicho continente.

Con sus debilidades y opiniones encontradas, como expresara *Truyol y Serra (1995)*, esta organización poseía una base ética y moral de la que careció la política del equilibrio, sin embargo, al fundamentarse en criterios tan cristianos obviaron los principios del derecho de gentes, y como consecuencia del fervor

religioso, lo que se hicieron fue fortalecer las potencias de la Santa Alianza, como señala el autor, en el uso del principio de intervención, y de ahí es que surgió la iniciativa de intervenir en España contra el régimen absolutista de Fernando VII (1823). Por otro lado, elaboraron un proyecto de intervención en las antes colonias españolas, con el propósito de restablecer en ellas la soberanía del Rey. Ante esos planes, el presidente de los Estados Unidos de América, James Monroe, declaró en su mensaje ante el Congreso en 1823, su firme oposición al mismo, con lo que se desarrolló la famosa Doctrina Monroe: *América para los americanos*.

Finalmente, la Santa Alianza no pudo detener por ningunos de los medios políticos ni diplomáticos, los enfrentamientos bélicos que se sucedieron posteriormente. La lucha de poder e intereses se mantuvo en las relaciones entre las potencias, como decía Hans Morgenthau: “en las relaciones internacionales, la política es una constante, de ahí, que las relaciones entre los Estados sean relaciones de poderes”.

4 LOS PRINCIPIOS DE DIP QUE ESTABLECE Y REAFIRMA EL CONGRESO DE VIENA DE 1815

Los principios presentados, argumentados y defendidos en Viena fueron varios, pero particularmente el de legitimidad e intervención como mencionamos más arriba, tuvieron más incidencia debido a que el nuevo sistema tenía que descansar sobre el fundamento incommovible de la legitimidad, el equilibrio de las potencias y sobre la conservadora solidaridad de los príncipes, según argumenta Zlata (2003).

Inicialmente, el origen de los principios en el derecho internacional público, tienen su base en la costumbre (*praxis*), o derecho consuetudinario, de donde emana un conjunto de derechos y obligaciones que recaen sobre los Estados, y que hoy constituyen, junto a los principios generales de derecho, (que son diferentes a los del DIP), importantes fuentes para nuestra materia. De Souza Del’Olmo (2009).

Desde Francisco de Vitoria, padre fundador del derecho internacional moderno, que defendió el derecho natural y el derecho de gentes a partir de su tesis iusnaturalista, basada en la doctrina cristiana y en valores humanos e individuales, considerados por él, según cita Del Arenal, C. (1980), como los principios que nacen de la misma naturaleza racional, los cuales han perpetuado en muchas doctrinas universales y posteriores a lo largo del tiempo, como principios que deberían estar por encima de los intereses de las comunidades políticas particulares.

En Viena, los principios y aspecto moral más importante que trataron los plenipotenciarios de las potencias en las declaraciones suscritas y en la Convención de 1815, fue el de humanidad y moral universal, lo que nos evidencia el legado teológico de Vitoria en el *Ius Gentium*.

Al cuestionarse el tráfico y comercio de esclavos en la Comisión creada para tales fines, se sentó un precedente para comenzar a ver el individuo como sujeto

de Derecho Internacional público, fijándose un orden moral y humano a seguir en las relaciones interestatales.

Cito una parte del texto de la Convención, conformado de 121 artículos, que dice:

Que los plenipotenciarios reunidos en este Congreso no sabían honrar mejor su misión, cumplir su deber y manifestar los principios que guían a sus augustos soberanos, que trabajando para realizar este compromiso y proclamando en nombre de sus soberanos, la mira de poner término a un azote que hace tanto tiempo desola (sic) a África, degrada a Europa y aflige a la humanidad...

La Convención fortaleció el nacimiento de otras ramas del Derecho Internacional Público, como fue el Derecho Diplomático y Consular, que además de establecer la precedencia entre los distintos diplomáticos, así como cuestiones protocolares, estableció el principio de reciprocidad que debe imperar en las relaciones diplomáticas.

Para la regulación de los rangos diplomáticos, se elaboró un Reglamento sobre las distintas categorías de los agentes diplomáticos, el cual fue adoptado por los soberanos, y dicha clasificación continua hoy día con ligeras variaciones que se establecieron en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

La visión y dimensión del Congreso de Viena, superó las expectativas tanto de los hombres y mujeres que fueron testigo de aquel cónclave, como de los intereses de las propias potencias. Pues, allí se planteó, como señalamos más arriba, la posibilidad de una organización internacional con una visión multilateral y de integración que reconocería la supremacía de un organismo parlamentario.

Cito textualmente lo redactado en el documento: “Toda cuestión de interés general de la sociedad europea será llevada ante el gran parlamento y examinada y resuelta por él. El será el único Juez de las diferencias que puedan elevarse entre los gobiernos...”

Asimismo, cabe resaltar la idea de una confederación europea, también nació en el Congreso de Viena, pero lamentablemente la organización que se creó, no logró concretizar esos ideales.

Empero, en el transcurrir del tiempo, 200 años después, podemos decir que aún con sus debilidades, se ha logrado un multilateralismo que procura la igualdad y la cooperación entre los Estados, el respeto a los Derechos Humanos, la promoción de la paz, la justicia y el desarrollo político, social, económico y cultural de las naciones. Tal como se evidencia en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos, en los Estatutos y Tratados que sustentan la Unión Europea, la Unión Africana de Naciones, entre otros organismos de integración y asociación voluntaria de Estados.

En cuanto al derecho interno de los Estados, muchos han seguido la misma tendencia, en sus respectivas constituciones actuales, con el fin de adecuar sus normativas internas a los compromisos internacionales contraídos. Al respecto, la

República Dominicana, en la Constitución del 2010, promovida y promulgada por el ex presidente Dr. Leonel Fernández, incluyó un capítulo en dicha Carta Magna, sobre las relaciones internacionales y el derecho internacional, en cuya sección I, Art. 26, establece que la República Dominicana es un Estado miembro de la Comunidad Internacional, abierto a la cooperación y apegado a las normas del derecho internacional.

Volviendo al documento del Congreso de Viena que nos ocupa, se consagró en el mismo los derechos fundamentales de los Estados, tales como: la neutralidad, la soberanía y la independencia.

Se estableció la cooperación en materia de extradición, particularmente en el caso de la ciudad de Cracovia, tal como se trata a partir del artículo IX de dicha Convención, que señala: *“se deberá atender las demandas de extradición que hicieren las autoridades competentes, en caso de refugio de algún delincuente”*.

Con respecto a los territorios que fueron cedidos, adheridos y/o anexados, se basaron en el principio de buena fe y de cumplimiento de lo contraído, a pesar de que ya para 1848 no se reconocía nada de lo estipulado.

En el documento también se determinaron los tipos de Estados que conformarían. A saber: Estado Federal, Confederación, mayormente estados compuestos. Cito parte del texto:

Art. LIII. Los Príncipes soberanos y las ciudades libres de Alemania, comprendiendo en esta transacción sus Majestades el Emperador de Austria, reyes de Prusia y Dinamarca y de los Países Bajos, y Principalmente el Emperador de Austria y el Rey de Prusia por todas las posesiones que antiguamente pertenecían al imperio germánico, al rey de Dinamarca, por el Ducado de Luxemburgo, establecen entre sí una confederación perpetua con el nombre de Confederación Germánica....

Asimismo, se consagró el principio de igualdad entre los Estados, se rechaza el uso de la fuerza y de las armas. Menciono parte del texto, Art.53: *“Los estados se obligan a no declararse la guerra bajo ningún pretexto, y a no ventilar sus diferencias por el uso de la fuerza, sino que intentarán la mediación por medio de una Comisión...”*.

Del referido texto, se recoge el principio de la solución pacífica de las controversias, al plantear la mediación, que hoy se encuentra en la Carta de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos, como uno de los siete principios básicos del derecho internacional y de la vida de relación de los Estados.

La Convención de Viena de 1815 también aportó al Derecho de Mar y Marítimo, ramas jurídicas del DIP. Pues, al tenerse que delimitar el uso de las aguas y de los ríos compartidos entre Estados, se crearon principios y normas de derecho de mar, que las potencias adoptaron y se comprometieron respetar a favor de la navegación y del comercio de todas las naciones.

5 LOS PRINCIPIOS DE TRANSICIÓN 1815-1945 QUE RIGEN EL SISTEMA INTERNACIONAL

Los aspectos distintivos del sistema internacional de transición que salió a la luz al fin del siglo XVIII, y que tuvo permanencia hasta 1945, radicaban precisamente en el hecho de que el mismo constituyó un puente entre la era clásica y la era posterior a la segunda guerra mundial.

Según Frederic Pearson y Martin Rochester (2000), la era transicional fue como un “prisma” a través del cual pasaron ciertos elementos del pasado que se refinaron y se moldearon, y del cual emergió un nuevo ambiente internacional.

Aun cuando las instituciones democráticas funcionaban gradualmente y de forma dispareja en dicho período, los gobernantes pudieron promover la paz y que se actuara cada vez más en nombre de las masas.

Los impulsos nacionalistas condujeron a la aparición de nuevos Estados en el mapa global. Algunos lograron su independencia de los poderes coloniales, como fue el caso de los países latinoamericanos en los primeros años del siglo XIX. Sin embargo, aunque el impulso nacionalista llevó a muchos pueblos a la liberación, los mismos impulsos produjeron una nueva ola de imperialismo europeo que resultó en la dominación de otros pueblos en África y otras partes del mundo. Pereira Castañares y Martínez Lillo (1995).

El impacto de la Primera Guerra Mundial, iniciada en 1914, marcó directa e indirectamente la sociedad internacional. Los cambios en la situación económica, las alianzas políticas, la repartición de territorios, las condiciones sociales y la naciente ideología en Europa, dejaron sus secuelas en la configuración del nuevo orden.

La defensa del principio de la seguridad colectiva, fue la piedra angular para procurar la anhelada paz en las relaciones entre los Estados, y la introducción definitiva en el derecho internacional del principio de las nacionalidades, que permitió plantear de inmediato el tema de la descolonización.

Aunque se llegó a un acuerdo entre las potencias aliadas y asociadas para poner término de la guerra en 1918, entre los vencedores se advertían dos concepciones distintas sobre las relaciones internacionales. Por una parte, los europeos (Francia, Gran Bretaña e Italia) permanecieron fieles al concepto de equilibrio continental, y otros defendían una visión más democrática y universalista.

El presidente Thomas Woodrow Wilson, de los Estados Unidos de América, logró presentar en la Conferencia de Paz de París, la propuesta de los “Catorce Puntos” para organizar la vida internacional, donde planteaba la creación de una organización internacional en la que se garantizara la defensa del principio de las nacionalidades y la seguridad colectiva.

El Tratado de Versalles forma en realidad un sistema coherente pese a la desconfianza y los problemas en la aplicación de los principios. La seguridad colectiva garantiza la paz de los pueblos en el seno de un estado de derecho

internacional y abre el camino a un proceso de descolonización a través de la fórmula de los mandatos.

El Pacto de la Sociedad de Naciones o Liga de las Naciones, del 28 de junio de 1919, tendría el reto de solucionar los problemas pendientes y de mantener relaciones internacionales fundadas sobre la justicia y honor. Así se recogen de su texto inicial los principios sobre los cuales se fundamentó, a saber:

Las Altas Partes Contratantes. A fin de promover la cooperación internacional y alcanzar la paz y seguridad internacionales, por la aceptación de ciertas obligaciones de no recurrir a la guerra, por la prescripción de relaciones francas, justas y honorables entre las naciones, por el firme establecimiento de las normas del derecho internacional como la regla de conducta efectiva entre los gobiernos, y por el mantenimiento de la justicia y un respeto escrupuloso de todas las obligaciones de los tratados en las relaciones recíprocas de los pueblos organizados, convienen en el presente Pacto de la Liga de las Naciones.

Asimismo, los miembros de la Liga de Naciones convinieron en que si se produjera alguna divergencia que pudiese conducir a una ruptura o conflicto armado, primero tratarían de resolverlo mediante las vías diplomáticas y en su defecto llevarían el caso a un arbitraje ante un Tribunal de Arbitraje convenido por las partes, con lo que se fortalece el principio de que los Estados resolverán sus controversias de manera pacífica, y que luego lo veremos más ampliado en la Carta de las Naciones Unidas.

Por lo anterior, se reitera y reafirma el principio de buena fe de los compromisos contraídos, así como el principio de jurisdicción universal, para garantizar la aplicabilidad de lo pactado (*pacta sunt servanda*) en todos los territorios que conformaban la Liga. Lo pactado debe cumplirse, es un principio que lo encontramos hoy día en todos los tratados internacionales como una norma *Erga Omnes*, que tiene efectos para todos.

La Segunda Guerra Mundial, que tuvo entre sus causales razones étnicas, religiosas, económicas, políticas y de superioridad, condujo a la preocupación del DIP, por grandes violaciones de derechos que este flagelo produjo al costar la vida de millones de seres humanos, especialmente judíos.

Al término de esta conflagración mundial, se produjo un movimiento creciente que tendió a la humanización del derecho internacional, en el que ya no estarían solo los Estados como sujetos principales del DIP, sino que el individuo entraría como sujeto del mismo en la esfera de los derechos humanos, con el fin de garantizar el goce de determinados derechos inalienables.

Los cuatro aliados y vencedores de la guerra: Gran Bretaña, Estados Unidos, la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y China, acordaron en la Conferencia de Moscú de 1943, crear una organización internacional que observara el principio de igualdad soberana de todos los Estados pacíficos y abierta a todos los Estados grandes y pequeños sin discriminación. Pero es más adelante, en la Conferencia de Yalta en 1945, cuando aprobaron el proyecto de

organización, que, luego de varias deliberaciones firmarían en la ciudad de San Francisco, el 26 de junio de 1945, con el nombre de Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Formalmente, la ONU queda establecida el 24 de octubre de ese mismo año, y en su Carta constitutiva, particularmente en su preámbulo y artículo 2, se establecen los principios fundamentales de las relaciones internacionales. En el artículo 2 de dicha Carta, observamos cuanto sigue:

Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.

2. Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.

3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz ni la seguridad internacionales ni la justicia.

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

5. Los Miembros de la Organización prestarán a esta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva.

6. La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales.

7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.

Si analizamos los principios y propósitos de la ONU arriba enunciados, podríamos encontrar cierta incoherencia en los mismos, pero no es mi objetivo profundizar en las colisiones, más bien, ver el aporte que desde Viena a la fecha se ha logrado, para que principios como: soberanía estatal, integridad territorial, libre determinación de los pueblos; no uso de la fuerza y no intervención, igualdad de los Estados y prohibición de la guerra contra legítima defensa, puedan coexistir.

En ese sentido, es reconocible el trabajo de la Asamblea General de dicho Organismo, que, en interés de codificar los principios del Derecho Internacional, emitió el 24 de octubre de 1970, la Resolución 2625 (XXV), *mediante la cual se establecen los siete principios básicos en los que descansan las actuales relaciones entre los sujetos que componen la comunidad internacional. Estos son:*

1. El principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.
2. El principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro de paz y la seguridad internacional ni la justicia.
3. La obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta.
4. La obligación de los Estados de cooperar entre sí, conforme a la Carta.
5. El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos.
6. El principio de la igualdad soberana de los Estados.
7. El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta.

En el ámbito americano, la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), creada en 1948, como resultado de los significativos aportes de las conferencias panamericanas y de otras conferencias del sistema, lograron dotar a la región de un conjunto de principios y obligaciones cónsonas con la Carta de la ONU, que se transcriben cuanto sigue: (principios OEA)

- a) Afianzar la paz y la seguridad del Continente;
- b) Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención;
- c) Prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de controversias que surjan entre los Estados miembros;
- d) Organizar la acción solidaria de estos en caso de agresión;
- e) Procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos;
- f) Promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural;
- g) Erradicar la pobreza crítica, que constituye en obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio, y
- h) Alcanzar una efectividad limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros.

MARCO COMPARATIVO ENTRE LA CONVENCION DE VIENA DE 1815 Y LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1945

Principios y Derechos considerados en la Convención de Viena de 1815.

Principios de DIP planteados en la Carta de las Naciones Unidas

- | | |
|---|--|
| 1. Los principios de humanidad y moral universal. | 1. El principio de que los Estados en sus relaciones internacionales, de abstendrán al uso de la fuerza. |
| 2. Principio de Igualdad entre los Estados. | 2. Solución pacífica de las contro- |
| 3. Principio de buena fe y de cumplimiento de lo contraído. | |

- | | |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none">4. Se rechaza el uso de la fuerza y de las armas.5. El principio de la solución pacífica de las controversias, se plantea la mediación.6. Se reafirma la soberanía de los Estados.7. El derecho a declarar la Neutralidad.8. El derecho a declarar la Independencia. | <ol style="list-style-type: none">3. La No intervención en los asuntos de los Estados.4. La obligación de los Estados de cooperar entre sí.5. El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos.6. El principio de la igualdad soberana de los Estados.7. El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ello de conformidad con la Carta de la ONU. |
|--|--|

CONCLUSIÓN

El Congreso de Viena fue una conferencia entre las potencias vencedoras contra el imperio napoleónico, cuyo objetivo fue rediseñar el mapa europeo y alcanzar un equilibrio para garantizar la paz en toda Europa. Los principios de derecho de gentes, planteados y reafirmados en este Congreso, sentaron las bases para el moderno Derecho Internacional y las relaciones entre los Estados. Un hecho sin precedentes en la historia de la humanidad y en la evolución de las disciplinas que se ocupan del quehacer internacional.

Sin embargo, los hechos posteriores ocurridos en la naciente Europa post Viena, demostraron la debilidad y el gran apetito de las potencias en ganar territorios, recursos naturales y dominio. Los documentos que testimonian el contexto de Viena, demuestran que las divergencias entre las potencias y naciones europeas no aflojaron, más bien se exacerbaron, con ello, las normas internacionales perdieron supremacía, quedando el orden y el equilibrio del sistema internacional bajo la voluntad política de los Estados.

Comparando con la actualidad, frente al mundo que vivimos hoy, globalizado, informatizado, multilateral y cada vez más interdependiente en sus relaciones estatales, diríamos que, como la Viena de 1815, se han suscrito importantes instrumentos convencionales que marcan un nuevo ordenamiento jurídico internacional, donde predominan otros sujetos internacionales no tradicionales, como es el caso del individuo y/o persona y de las organizaciones no gubernamentales. Asimismo, a lo largo del proceso histórico Viena-actualidad, nuevas materias han surgido del Derecho Internacional, a saber: los derechos internacionales humanos, derecho migratorio, derecho aeronáutico, derecho de la integración, medio ambiente, propiedad intelectual, entre otras áreas, que

demuestran la cantidad de normas y garantías con que cuenta la sociedad internacional.

No obstante, los hechos acaecidos que nos llegan en el día a día, evidencian la asimetría que existe en la comunidad internacional entre la teoría y la práctica.

Concluimos diciendo que el legado de la Convención de Viena de 1815, es aún un reto por alcanzar en materia de Derecho Internacional Público, pues estamos alejados de su finalidad esencial que es asegurar la paz y seguridad internacionales, así como el principio de igualdad jurídica de los Estados, cuya falta de aplicación determina en los hechos situaciones de injusticia que todavía no se han podido superar. Termino citando a Hugo Grocio, uno de los fundadores del moderno Derecho Internacional Público, que decía: “*Todo lo que nos aleja del derecho nos debilita*”.

BIBLIOGRAFÍA

Albuquerque Mello, Celso D. (2001). **Curso de Derecho Internacional Público**. (13ª ed.) Vol. II. Rio de Janeiro.

Allende Salazar, José Manuel (1996). **Apuntes sobre la Relación Diplomática Hispano-Norteamericana, 1763-1895**. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores.

Arraya, Lucy (7 de julio de 2013). **La diplomacia contemporánea está en peligro**. Diario Libre, Sección Opinión.

Carta de la Organización de Estados Americanos de 1948.

Carta de las Naciones Unidas de 1945.

Carta de las Naciones Unidas. 1945.

Constitución de la República Dominicana del 2010.

Convención de Viena de 1815.

De Amorin Araújo, Luis Ivani (2002). **Curso de Direito Internacional Público**. (10ma. ed.). Rio de Janeiro: Editora Forense.

De la Torre del Río, Rosario (2015). “**El Congreso de Viena (1814-1815)**”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid: Editorial La Catarata.

De Souza Del’ Olmo, Florisbal (2009). **Curso de Direito Internacional Público**. (4ta. ed.) Rio de Janeiro, Brasil: Editora Forense.

Del Arenal, C. (1980). El Derecho Internacional Público y las Relaciones Internacionales como Ciencias de la Realidad Internacional, en **Anuario Mejicano de Relaciones Internacionales**. México.

Drnas De Clément, Zlata (2003) La Dimensión Ética de la Enseñanza del Derecho Internacional. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**. Universidad Nacional de Córdoba-Argentina, 7, (1 y 2), 89-110.

Kissenger, Henry (2000). **Política y Derecho, La Diplomacia**. (5ta.ed.). México: Fondo de Cultura Económica.

Morales Lama, Manuel (2000). **Diplomacia Contemporánea, Teoría y Práctica**. (4ta ed.). Santo Domingo: Fundación Antonio M. Lama.

Morgenthau, Hans J. (1986). **Política entre las Naciones, La Lucha entre el Poder y la Paz**. (6ta. ed.). Buenos Aires.

Pearson Frederic, S. y Martin Rochester, J. (2000). **Relaciones Internacionales: situación global en el siglo XXI**. (4ta. ed.). Colombia: Mc Graw-Hill.

Pereira Castañares, J. C. y Martínez Lillo, P. A. (1995). **Documentos Básicos sobre Historia de las Relaciones Internacionales, 1815-1991**. Madrid: Universidad Complutense.

Potemkin, V. y otros. (1966). **Historia de la Diplomacia**. Tomo I. México.

Raventós Y., Noguera M. Oyarzábal Velarde, I. (1936). **Colección de textos Internacionales**. Barcelona: Bosch.

Recuperado
desdewww.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artdimensionetica/at...

Rivarola Paoli, Juan Bautista (2003). **Derecho Internacional Público**. (5ta. ed.). Asunción.

Truyol y Serra, A. (1995). La Sociedad Internacional de Cara a los Nuevos Desafíos, en **Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas**. Lisboa: Centro de Estudos de Instituições Internacionais.

Truyol y Serra, A. (1996). Ética y Sociedad Internacional. **Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas**, 73, (XLVIII).

Valdés Phillips, Pablo y Salazar Sparks, Juan (1979). **Política Mundial Contemporánea**. Chile: Editorial Andrés Bello.

Recebido em 28.04.2017
Aceito em 11.05.2017

ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS LÓGICAS DE MORALIDADES NA RELAÇÃO PÚBLICO-PRIVADO NO ESTADO-CIDADÃO

ETHICS IN PUBLIC ADMINISTRATION AND THE LOGICS OF MORALITIES IN PUBLIC-PRIVATE RELATIONSHIP IN CITIZEN-STATE

Afonso Soares Oliveira Sobrinho¹
Clarindo Ferreira Araujo Filho²
Eduardo Henrique Lopes Figueiredo³

Sumário: Considerações iniciais. 1 Ética, princípios e conceitos: uma breve crítica histórica. 2 Ética: lógica das moralidades nos ambientes público e privado. 3 Ética na administração pública: entre o formalismo e a sua realização no Estado Democrático de Direito. Considerações finais. Referências.

Resumo: Este estudo pretende desenvolver a relevância da ética na administração pública brasileira como resposta aos desmandos com a coisa pública. Utiliza-se de pesquisa bibliográfica na compreensão dos principais conceitos e princípios ligados ao desenvolvimento da ética, bem como analisa as interfaces das lógicas da moralidade existentes na relação público-privado. Conclui que o fortalecimento da ética que embasa o processo decisório por parte dos agentes da administração pública não pode se restringir às medidas coercitivas da Lei Penal e nem aos manuais de ética, mas precisa se pautar na transparência com o uso do dinheiro público, na excelência do serviço prestado pelo Estado-Cidadão.

Palavras-chave: Ética. Administração Pública. Justiça Social.

Abstract: This study intends to develop the relevance of ethics in Brazilian public administration in response to the excesses with the public affairs. It is used bibliographic research in the understanding of the main concepts and principles related to the development of ethics, as well as to analyze the interfaces of the existing morality logics in the public-private relationship. It concludes that the strengthening of the ethics which underlies the decision-making process by agents of the public administration can not be restricted to the coercive measures of the Criminal Law nor to the manuals of ethics, but it must be based on transparency about the use of public money, in the excellence of service provided by the Citizen-State.

Keywords: Ethics. Public Administration. Social Justice.

¹ Pós-Doutor em Direito FDSM. Doutor em Direito -FADISP. Mestre em Políticas Sociais. Advogado. E-mail: affonsodir@gmail.com

² Doutorando em Direito – FADISP. Cartorário. Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP. E-mail: clarindoaraujo@yahoo.com.br

³ Doutor em Direito- UFPR. Professor da FDSM. E-mail: xxx@yahoo.com.br

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A vida em sociedade, ao longo dos séculos, agiu no sentido de moldar os atos e o comportamento dos indivíduos que precisam lidar com os mais variados problemas, quer sejam eles morais, quer sejam de aprovação ou reprovação diante do próprio comportamento ou dos outros membros do grupo, sociedade etc. Tais atos e julgamentos são normalmente apoiados por normas, costumes, leis, que apontam quais comportamentos devem ser realizados diante das contingências que se apresentam.⁴ A administração pública brasileira encontra-se estruturada de uma maneira que tem de conviver com muitos problemas de má gestão, problemas éticos inclusive, que têm levado a crise de legitimidade das instituições. Assim, quando se fala em reformá-la, ou seja, implementar uma nova forma de administrar o Estado e suas instituições, cogita-se de uma “nova” maneira que seja direcionada para as pessoas, mas também com a participação democrática. Para isso, faz-se necessário encarar o desafio imposto pela ética para além do discurso, mediante a participação social nas decisões (audiência pública, orçamento participativo), transparência e fiscalização da gestão pública pelos cidadãos.

O problema desta pesquisa está relacionado às seguintes questões: Os anseios da sociedade civil com vistas a uma administração pública mais ética seria uma necessidade que precisa ser satisfeita de forma perene? O mundo da técnica ao qual pertence a administração pública é majoritariamente influenciado pela neutralidade burocrática ou pela política, o que torna a administração pública brasileira muito mais um projeto de governo do que uma ação de Estado? Precisamos de mais ética e menos política ou bastaria que a política fosse ética para termos uma administração pública eficiente?

O comportamento humano prático-moral está sujeito à variação de uma época e sociedade a outra. No entanto, os homens não apenas agem moralmente

⁴ A hipotética história a seguir nos ensina acerca da moral e ética: “Num ponto de ônibus, desconhecidos se aproximam e se situam um atrás do outro, formando uma fila. Silenciosamente, esperam a chegada da condução, sem solicitar aos demais nenhuma informação. Em determinado instante, surge alguém, talvez premido por alguma necessidade, ou menos informado sobre os costumes locais, que ameaça colocar-se à frente dos demais – o que é entendido como furar a fila. Nesse momento, os demais reagem a fim de manter suas prerrogativas, de acordo com a ordem de chegada. Um apresenta-se como *organizador* e lembra ao estrangeiro a norma preestabelecida. Outro, o *auxiliar*, apoia a iniciativa do *organizador* e reafirma sua atitude. Do final da fila ouve-se uma voz mais exaltada, de um *espalha-brasas*, que propõe um corpo a corpo. A seguir, surge o *deixa-disso*, que acredita em solução mais pacífica. Após certa discussão, o ônibus chega e propõe trégua aos personagens, que escolhem um assento de acordo com a ordem inicial. Já em seus lugares, os olhares se cruzam e identificam cada um de acordo com as funções assumidas na primeira etapa. Inicialmente, havia apenas *desconhecidos* com objetivos particulares, que respeitavam uma regra estabelecida pela coletividade de que fazem parte. No momento em que essa regra é posta à prova, papéis são assumidos de acordo com desejos ou características obscuras de cada um. Forma-se uma rede de relações, ou seja, um grupo. No entanto, este se fragmentará no momento seguinte. Uma vez instaurada a situação, cada um constrói uma imagem do outro em função das posições assumidas. Serão assim reconhecidos e os desdobramentos que esses vínculos possam vir a ter serão marcados por este olhar. Pertencer a um grupo permite a saída do anonimato bem como uma marca. Cada membro torna-se *alguém* à medida que existe para o outro [...]” (MOTTA, Fernando C. Prestes; CALDAS, Miguel P. (orgs.). *Cultura organizacional e cultura brasileira*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 30).

como refletem sobre esse comportamento prático, assim quando saem do plano concreto ao abstrato entram na esfera dos problemas teórico-morais ou éticos.⁵

O tema central desta pesquisa é a relevância da ética na administração pública e em sua relação com as organizações privadas a partir da constatação recente, por parte da sociedade civil e dos órgãos de controle e da Justiça, de que uma pequena parcela de agentes públicos e privados de nosso país foram pegos envolvidos em uma teia de corrupção e crimes, mostrando toda a fragilidade e o formalismo dos códigos de ética da administração pública e privada e, também, do descaso com a responsabilidade social de empresas, que não cumprem sua responsabilidade social mediante o desrespeito ao meio ambiente, falhas na execução de programa de integridade,⁶ especialmente em lidar com recursos públicos, dentre vários outros.⁷

O principal objetivo deste estudo é compreender as interfaces entre a ética e a administração pública brasileira, diante das prescrições e das raízes históricas que hibridizaram a cultura organizacional pública e privada no Brasil.

Como objetivos específicos tem-se: 1) Conceituar a ética a partir de uma perspectiva histórica, retratando sucintamente as contribuições de filósofos, juristas e cientistas sociais acerca deste fenômeno; 2) Descrever a lógica das moralidades e da ética, bem como algumas de suas interfaces no ambiente organizacional contemporâneo; 3) Identificar o formalismo e suas possíveis influências sobre as decisões éticas que são tomadas no dia a dia da administração pública.

A metodologia utilizada é de cunho reflexivo-indutivo, qualitativa e o principal meio de pesquisa utilizado foi a pesquisa bibliográfica, realizada tanto por meio dos bancos de dados – CAPES, Portal de Teses da USP etc. – como por obras de renomados autores das ciências sociais e da filosofia.

⁵ VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2007, p. 7.

⁶ “A Lei nº 12.846/2013, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, instituiu no Brasil a responsabilização objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos que sejam cometidos em seu interesse ou benefício, contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. (BRASIL, Controladoria Geral da União. *Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas*. Brasília, 2015, p. 5 Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016).

⁷ “Assim, sem a manutenção de um ambiente propício ao aprimoramento das atividades morais e intelectivas do ser humano ao longo do século XX, houve em conjunto com parcas conquistas morais uma sensível aproximação aos seus instintos animais. Tal rebaixamento de categoria, largamente fomentada pela extensão que o relativismo ético alcançou, privou homens e mulheres de uma adequada formação intelectual e, sobretudo, moral, deixando-os em geral desprovidos de razoáveis critérios de julgamento e valoração do agir humano. Essa “animalização” do animal homem, sobre ter servido de importante e substancial suporte às ideologias reinantes nos dois últimos séculos, possibilitou uma dramática concentração de poderes e riquezas nas mãos de poucos – acentuado pelo fenômeno da regionalização e globalização dos mercados –, ampliando ainda mais o profundo abismo que separa as camadas ricas e pobres da sociedade, talvez como nunca em toda a história da humanidade [...]” (AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Subsídios filosóficos ao ensino jurídico: as virtudes da Prudentia e da Iustitia e o “método do caso” aplicado à disciplina de Direitos e Garantias Fundamentais*. 2007. Tese de Doutorado em Educação – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 42. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/td-2022008-152311/>>. Acesso em: 01 ago. 2016).

O trabalho foi organizado em tópicos, inicialmente a introdução contém a contextualização, os objetivos, objeto, problema. O primeiro tópico trata da ética, dos seus principais princípios e conceitos, bem como de uma breve crítica histórica. O segundo aborda a ética sob os olhares das lógicas nos ambientes públicos e privados das organizações brasileiras e o terceiro e último tópico levanta um olhar acerca do formalismo e de outros fenômenos que interagem com a administração pública, prejudicando a realização de seu principal objetivo, ou seja, a conduta ética e a realização de direitos.

A conclusão aponta que as decisões éticas por parte dos agentes da administração pública não podem ficar reduzidas aos manuais e aos procedimentos descritivos, mas necessitam de transparência na gestão e fiscalização nas contas públicas pela população. Quanto mais o Estado se abre ao debate democrático, dialético e participativo permite o acesso à informação mais será capaz de realizar direitos, respeitar a dignidade humana e os princípios constitucionalmente positivados. A ética está associada à política mediante a realização do bem comum na igualdade de oportunidades para todos. No século XXI o Leviatã em crise precisa romper com o patrimonialismo, clientelismo e personalismo com a coisa pública brasileira. Os poderes passam a se pautar na legitimidade das ações a partir do grau forte de participação do povo nas decisões públicas (audiências públicas, orçamento participativo, combate à corrupção, transparência na gestão) e na responsabilidade social e ambiental empresarial. As instituições tradicionais não têm representado o povo; daí se exige uma dinâmica constante do poder legiferante em atender às demandas sociais. O Estado-Cidadão emerge pela participação cidadã na coisa pública.

1 ÉTICA, PRINCÍPIOS E CONCEITOS: UMA BREVE CRÍTICA HISTÓRICA

Até chegar às concepções contemporâneas das ideias que hoje temos acerca da ética, ou das éticas como preferem alguns autores,⁸ houve um longo percurso, que certamente se iniciou bem antes da capacidade dos homens em registrar a história por meio da escrita.

Primeiramente, deve-se esclarecer que ética e moral muitas vezes são termos utilizados como sinônimos é apenas um reflexo natural da etimologia:⁹

Acerca da distinção entre ética e moral vale lembrar que uma provém do grego e a outra do latim, porém ambas remetem à ideia de costumes (*ethos, mores*). Vislumbramos que o termo *ética* pode ser associado a uma vida sob o signo de ações boas e o de moral ao aspecto obrigatório das normas de conduta social, obrigações e

⁸ CANTO-SPERBER, Monique (org.). *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*. V. I. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007; RICOEUR, Paul. *Ética e Moral*. Covilhã, Castelo Branco, Portugal: LusoSofia Press, 2011.

⁹ RICOEUR, Paul. *Ética e Moral*. Covilhã, Castelo Branco, Portugal: LusoSofia Press, 2011.

interdições com característica simultaneamente de universalidade e pelo efeito de coerção.¹⁰

Uma lenta e contínua transformação histórica nas formas de interpretar os fenômenos sociais, a cultura, o direito, a justiça, etc., proporcionou o desenvolvimento de vários saberes e de uma robusta capacidade integrativa das ciências sociais, da filosofia, etc.¹¹

Após séculos de interpretação unilateral do fenômeno societário, o pensamento contemporâneo parece encaminhar-se hoje, convergentemente, para uma visão integradora das sociedades e das civilizações. No passado, com raras exceções, prevaleceu uma concepção reducionista, segundo a qual o elemento gerador da convivência social estaria, com exclusividade, nos valores ou ideais coletivos, no conjunto das instituições de poder, ou então nas condições materiais de subsistência dos grupos humanos. Tínhamos, assim, organizadas em escolas mutuamente excludentes, três formas de interpretação da vida social, que poderíamos denominar, de modo simplificado, a idealista, a realista e a materialista.¹²

Em seu sentido amplo, hoje, o termo *ética*¹³ nos remete a formas de emissão de juízos de valor diretamente ou não relacionadas com as ações e, também, com o caráter dos seres humanos, assim como dos diversos grupos sociais que compõem a sociedade, enquanto o proceder em cada situação concreta alcança os problemas morais.

Outra acepção dada a esse termo é aquela que o relaciona à moralidade, ou seja, refere-se ao conjunto de obrigações e deveres que norteiam e dirigem as ações no nível do indivíduo. Uma visão centrada na teoria social procura explicar a ética em vários níveis:¹⁴ 1) O seu objeto de estudo pode ser formado por diferentes sistemas de crenças e condutas éticas; “[...] (2) As teorias sociais podem fazer alegações *metaéticas*¹⁵ quanto ao status lógico e epistemológico de manifestações

¹⁰ RICOEUR, 2011, p. 3-4.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

¹² COMPARATO, 2006, p. 18.

¹³ “À diferença dos problemas prático-morais, os éticos são caracterizados pela sua generalidade. Se na vida real um indivíduo concreto enfrenta uma determinada situação, deverá resolver por si mesmo, com a ajuda de uma norma que reconhece a aceita intimamente, o problema de como agir de maneira a que sua ação para cada situação concreta. A ética poderá dizer-lhe, em geral, o que é um comportamento pautado por normas, ou em que consiste o fim – o bom – visado pelo comportamento moral, do qual faz parte o procedimento do indivíduo concreto ou o de todos. O problema do que fazer em cada situação concreta é um problema prático-moral e não teórico-ético. Ao contrário, definir o que é o bom não é um problema moral cuja solução caiba ao indivíduo em cada caso particular, mas um problema geral de caráter teórico, de competência do investigador da moral, ou seja, do ético” (VÁSQUEZ, op. cit. p. 7-8).

¹⁴ OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento social do Século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996.

¹⁵ “[...] Os debates metaéticos em teoria social têm-se concentrado na relação entre asserções éticas e descritivas. Os defensores da liberdade de valor afirmam que as asserções descritivas e éticas são logicamente independentes e se comprometem com a posição de valor de que, ao mesmo tempo em que faz ciência social, o teórico social não deve fazer alegações éticas [...] Os críticos da liberdade de valor ou rejeitam essa posição de valor [...] ou negam a independência lógica de fato e valor [...] A discussão ética substantiva dentro da teoria social tem sido dominada por duas amplas perspectivas éticas: a ética

éticas; e (3) as teorias sociais podem comprometer-se com pontos de vista éticos substantivos”.¹⁶

Numa perspectiva histórica, a começar pelo período *axial* (séculos VIII a II a.C.) nota-se, por exemplo, que os maiores doutrinadores da humanidade escreveram suas obras e, muito provavelmente, sem o conhecimento dos textos alheios, ou mesmo, de um convívio para troca de ideias.¹⁷ Há uma linha divisória quanto à passagem das explicações mitológicas para a perspectiva lógica da racionalidade. Nesse sentido, Zaratustra (Pérsia), Buda (Índia), Lao-Tsé e Confúcio (China) marcam suas visões de mundo a partir de ideias e princípios. Portanto, no século V a.C, no “século de Péricles, na Ásia e na Grécia, vai nascer a filosofia, e pela primeira vez o saber mitológico (tradicional) é substituído pelo saber lógico-racional. E o indivíduo vai ousar exercer sua faculdade crítica pela razão a partir da realidade.”¹⁸

Ora, ainda naquele período, em Atenas, os registros históricos demonstram o surgimento da tragédia na literatura e nas artes cênicas e, também, da democracia. Uma forma de governo que afrontava a ideia do poder político superior dos deuses, em que o critério para se entender as ações humanas é o critério da compreensão do próprio homem,¹⁹ e não mais dos seres mitológicos que habitavam o Olimpo e as searas celestiais.²⁰

O pensamento socrático²¹ apresenta uma oposição à máxima de Protágoras, para quem o homem seria a medida de todas as coisas, um ser dotado de capacidade para decidir de maneira soberana e com seu próprio critério pessoal tudo relacionado ao conhecimento e ao comportamento humano. Isso significava a impossibilidade de se poder imaginar e acreditar em regras universais, que poderiam ter significado para todas as pessoas, independentemente do local em que vivessem ou do período histórico.²²

utilitarista [...]; e a ética baseada em direitos com fundamentos kantianos ou contratualistas” (OUTHWAITE; BOTTOMORE, 1996, p. 278)

¹⁶ Ibid., p. 278.

¹⁷ COMPARATO, op. cit.

¹⁸ Ibid., p. 38.

¹⁹ “Se já não há nenhuma justificativa ética para a organização da vida humana em sociedade em uma instância superior ao povo, o homem torna-se, em si mesmo, o principal objeto de análise e reflexão. A tragédia grega, muitos séculos antes da psicanálise, representou a primeira introspecção nos subterrâneos da alma humana, povoados de paixões, sentimentos e emoções, de caráter irracional e incontrolável. O homem aparece, aos seus próprios olhos, como um problema, ele é em si mesmo um problema, no sentido que a palavra tomou desde logo entre os geômetras gregos: um obstáculo à compreensão, uma dificuldade proposta à razão humana” (COMPARATO, op. cit., p. 38-39).

²⁰ Ibid.

²¹ “Mas, embora rejeitando esse relativismo absoluto, o pensamento socrático não podia ignorar a verdade intuitiva de que, entre a matemática ou o mundo da natureza, de um lado, e a vida ética do ser humano, de outro, há uma diferença substancial ou de essência. Enquanto lá vigoram o rigor do raciocínio e a precisão dos conceitos, no campo da ética o ato de julgar supõe, necessariamente, uma margem irredutível de variações na apreciação dos atos humanos. O problema todo reside, justamente, na identificação de um critério não subjetivo e, por conseguinte, não variável ao infinito, de apreciação do comportamento ético. É no *Euthyphron* de Platão que vem exposta a diferença essencial entre as ciências exatas e a ética”. (Ibid. p. 93).

²² Ibid.

Em suma, diante de tal premissa seria impossível construir um saber racional, pois a racionalidade se alicerça em conceitos, raciocínios, ideias, hipóteses generalistas e não sobre situações específicas e individuais.²³

Quando nos deparamos com a tarefa mental de estabelecer uma distinção entre o que seria o “desígnio de uma vida boa e a obediência às normas”²⁴ fica patente o reconhecimento de um antagonismo entre duas teorias ou de duas heranças filosóficas.²⁵

O problema filosófico, gnosiológico, pode ser exposto de forma simples: as decisões éticas, destinadas a solucionar conflitos intersubjetivos, não podem ser encontradas por procedimentos descritivos, como querem alguns, mas têm de ser prescritas. As descrições só cabem em assertivas lógicas e fáticas. As primeiras são tautologias, nada acrescentam sobre o mundo da experiência sensível e nada podem dizer sobre o que o ser humano deve fazer. As assertivas de fato só são verificáveis *a posteriori* e tampouco podem dar parâmetros para opções de conduta futura. Apenas após ocorrer, pode a conduta vir a ser descrita (sem esquecer a diferença entre “eventos” e “descrições”, ou “relatos sobre eventos” [...]). Isso quer dizer que, quando se discute a respeito dos aspectos éticos, não se pode argumentar em termos de uma verdade, seja ela qual for. Aqui só se pode opinar e tentar persuadir. É o campo por excelência da retórica.²⁶

A primeira herança é aquela oriunda do pensamento aristotélico em que a ética está relacionada a um viés *teleológico* (de *telos*, que significa “fim”), já a segunda herança é aquela deixada por Immanuel Kant, para quem “a moral é definida pelo carácter de obrigação da norma e, portanto, por um ponto de vista *deontológico* (deontológico significando precisamente “dever”) [...]”.²⁷

O conhecimento e os textos sobre moral e ética avançaram pela Idade Média, influenciados ainda pela moral religiosa e pelos aprofundamentos dos estudos teológicos de Tomás de Aquino e sua influência aristotélica associado ao racionalismo: “[...] O primeiro e inabalável postulado do sistema é o de que o homem foi dotado pelo Criador da capacidade de separar a verdade do erro, mediante o uso da razão [...] o juízo ético é, portanto, puramente intelectual, sem a menor mescla de sentimentos ou emoções [...]”.²⁸

O pensamento moderno teve grandes contribuições, tais como os escritos de Jean Bodin e Hobbes, certamente um dos períodos históricos mais ricos em relação ao desenvolvimento da ética e da filosofia moral: para ambos a felicidade na vida social depende essencialmente da segurança e da paz. Assim o sentido da ordem política reside em garantir que se preservem esses valores supremos.²⁹ E mais

²³ COMPARATO, 2006..

²⁴ RICOEUR, Paul. *Ética e Moral*. Covilhã, Castelo Branco, Portugal: LusoSofia Press, 2011, p. 3-4.

²⁵ Idem, *ibidem*.

²⁶ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 186.

²⁷ RICOEUR, op. cit. p. 3-4.

²⁸ COMPARATO, op. cit. p.131;143.

²⁹ *Ibid.*, p. 185.

relevante que a fidelidade à determinada religião seria a fidelidade ao regime político que conduz a essa garantia, impondo, assim, uma ligação irrenunciável e pessoal ao soberano, sendo essa a condição essencial para o gozo dos direitos de cidadão: “[...] à pessoa daquele que, por antonomásia, passou a ser designado desde então, na linguagem política, o *soberano*. O vínculo de sujeição completa ao monarca deveria tornar-se, doravante, o fundamento único do *status civitatis*”.³⁰

Expoente da Idade Contemporânea, Kelsen³¹ vislumbra a ordem jurídica hierarquizada condensada na fórmula *lawandorder*. O Direito seria uma construção escalonada de normas até atingir a norma fundamental.

Ora, pela visão de cada autor citado, esta ou aquela contribuição teórica há de ser mais ou menos relevante na construção da ideia que hoje possuímos acerca da ética e da moral. E assim, lançar olhares sobre o passado pode ser de grande valia para a compreensão de fenômenos que insistem em comprometer a realização de direitos, principalmente, no caso brasileiro, em que se convive com uma dupla moral:³² da integridade (código oficial) e do oportunismo (código oficioso).³³

Por fim, passa-se a estudar as influências dessas teorias e fenômenos históricos na construção de uma lógica das moralidades, tanto no ambiente público como no privado, na busca das interfaces que esclareçam os sérios problemas que se vivencia por desvios éticos e morais na sociedade brasileira.³⁴

2 ÉTICA: LÓGICA DAS MORALIDADES NOS AMBIENTES PÚBLICO E PRIVADO

Existem algumas diferenças de aplicação prática quando se pensa no valor da ética nos ambientes público e privado. Normalmente, o discurso dos empresários

³⁰ COMPARATO, op. cit., p. 185.

³¹ “[...] no condensado de uma fórmula célebre, *lawandorder*. A legitimidade de qualquer sistema jurídico, portanto, há de ser aferida, segundo essa concepção, não por meio de um juízo ético referido a valores externos ao próprio ordenamento, mas por um critério que lhe é intrínseco... O direito, como sustentou Kelsen, é uma construção escalonada de normas (*einennormativeStufenbau*), em que as inferiores tiram sua validade das superiores, até se atingir aquele primeiro pressuposto lógico-transcendental, que é a norma fundamental. A vida jurídica dispensa completamente... o juízo ético. Toda ordem jurídica, pelo simples fato de existir e funcionar segundo uma regularidade lógica interna, é necessariamente justa [...]”. (ibid., p. 362).

³² SROUR, Robert Henry. *Ética empresarial*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

³³ “Nesta altura, vale a pena lançar um olhar retrospectivo sobre as raízes históricas que, à semelhança de outras nações latino-americanas, levaram o Brasil a cultivar uma dupla moral: a *moral da integridade* como código oficial e a *moral do oportunismo* como código oficioso, ambas permeando a sociedade por inteiro. As duas morais convivem em um consórcio insólito, porque amplamente contraditório, e se reproduzem nos atos mais comzeinhos dos agentes e das organizações. [...]” (ibid., p. 67).

³⁴ “A crise moral possibilitou um crescimento sem precedentes da injustiça – fruto da imprudência disseminada – em todas as dimensões. É fato perceptível a alusão aristotélica de que o homem privado de conhecimento e da consciência moral está mais próximo de ser um escravo de seus instintos do que seu senhor. E é de certa forma seriamente relacionada à falta de formação intelectual e ética e o rebaixamento de ser humano ao nível do instintivo. A ausência de hierarquização entre os diversos valores componentes da realidade social leva-o a perder-se nas confusas massas inominadas, sob o domínio de instrumental ideológico de diversos matizes políticos, servindo apenas de escabelo para os poderosos da ocasião [...]” (AMARAL, op. cit., p. 42).

e dos responsáveis pela elaboração das estratégias das organizações privadas leva primeiramente em conta a geração de valor,³⁵ ou seja, a lucratividade como forma de garantir a sobrevivência dos negócios diante dos desafios impostos pelo mercado global.³⁶

Trata-se de um ambiente de muita tensão, em que estão em jogo prestígio, poder, dinheiro e muitos empregos. Estabelecer objetivos estratégicos e ações para alcançar tais objetivos, na iniciativa privada, envolve assumir riscos de toda sorte e tomar decisões que em muitos casos são ilegais e antiéticas, como se tem visto no caso das maiores empreiteiras nacionais envolvidas nos escândalos financeiros recentemente investigados. O sistema de mercado³⁷ trabalha com a lógica do risco o que inclui dilemas éticos relacionados à transparência, à confiança. Haja vista essa questão reflete no humor dos investidores, bem como há uma reação em cadeia quando ocorrem picos de incertezas sobre o futuro. O que inclui o grau de confiança nas instituições até mesmo pelos cidadãos que pagam impostos e não veem o retorno esperado quanto à eficiência dos serviços prestados, tanto por governos como pelo alto preço cobrado pelas empresas.

Há de levar em conta as interfaces entre a justiça e a ética, pois esta é norteadora de sentido, opera com o direito positivo e coage os agentes a seguirem as normas do arcabouço jurídico. Neste sentido, ao maximizar o sentimento de justiça

³⁵ Gerar valor é o mesmo que “maximizar o valor de mercado do capital dos proprietários existentes”, ou seja, quando se tem como objetivo a maximização do valor de mercado de uma organização que vise o lucro, não importa a forma jurídica como esta organização foi fundada, se ela é uma sociedade anônima ou uma firma individual, ou ainda, uma sociedade por quotas, etc.; gerar valor é tomar decisões financeiras e estratégicas que irão elevar o valor de mercado do capital dos proprietários (ROSS, Stephen A. et al.. *Fundamentos de administração financeira* [recurso eletrônico]. Porto Alegre: AMGH, 2013, p. 44).

³⁶ “É exatamente esse mercado global e sua infinidade de relações com a sociedade civil organizada e com o Estado, principalmente devido ao poder institucional da União Europeia e da capacidade de mobilização internacional das Nações Unidas, que a partir da década de 1990 vem sendo questionado diante da necessidade de um novo rumo, mais inclusivo, das relações sociais e ambientais para as estratégias de negócio. Portanto, ao mercado global, o conceito de responsabilidade social vem sendo apresentado como uma questão estratégica para a sobrevivência em longo prazo. Nesse novo ambiente, os interesses dos acionistas ou proprietários do capital das empresas disputariam espaço com as demandas da comunidade, dos clientes, da mídia, dos funcionários, dos fornecedores e do Estado. Estamos, de fato, na busca por um modelo de gestão que inclua uma nova racionalidade para as estratégias empresariais” (ASHLEY, Patrícia Almeida (coord.). *Ética e responsabilidade social nos negócios*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 18).

³⁷ “O sistema de mercado opera sob a égide do risco. Em razão disso, temores assaltam empreendedores... temem a concorrência, as crises internacionais, a escassez de insumos ou de energia, os humores dos clientes... a falência, as intervenções regulatórias, as greves, as leis impraticáveis, as fiscalizações abusivas, os impostos sufocantes... O mercado também gera inquietações contínuas nos assalariados: acidental-se e ficar desempregado... tornar-se obsoleto profissionalmente e ser condenado a uma velhice desamparada. Quanto aos consumidores, existem os receios de serem mal-atendidos, manipulados... Quanto aos fornecedores e prestadores de serviços, há os sobressaltos ocasionados pela inadimplência dos clientes... pela invasão de produtos estrangeiros a preços imbatíveis. Para atenuar essas angústias, o Estado assegura um “mínimo legal” indispensável para que o mercado opere: direitos de propriedade, liberdade para empreender... legislação criminal, além de regras e sanções para prevenir a concorrência predatória como a dos *dumpings* ou dos cartéis. Não é o bastante, todavia, para aplacar os ‘riscos morais’ nem os azares de uma economia competitiva que opera em âmbito planetário e que sucedeu ao capitalismo oligopolista (hegemônico até os anos 1970-1980)” (SROUR, Robert Henry. *Ética empresarial*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 216).

no seio da sociedade civil, viabilizam-se maneiras de diminuir a pressão social sem ter de fazer mão da violência como ferramenta de disciplina, o que na realidade mostra-se como um remédio amargo, causador de sequelas e que normalmente está associado aos regimes totalitários.³⁸

No tocante à ética, hoje existe um robusto cabedal de conhecimentos capaz de fornecer subsídios para a elaboração de conceitos e a emissão tanto de juízos de fato como de juízos de valor, o que auxilia os agentes a prever consequências e padrões de conduta.³⁹ Ao seu estudo como ciência corresponde um campo de conhecimento que permite explicar a partir da observação como ocorrem os fatos morais:⁴⁰

Considerando-se tais premissas torna-se praticamente impossível para quaisquer agentes ou instituições justificarem decisões egocêntricas ou mesmo parciais em contraposição aos interesses da coletividade, pensando-se a coletividade num sentido de meio de inclusão social, e não apenas como um grupo cujos interesses não possam ser direcionados ao bem comum. Se uma determinada decisão somente interessa a alguns em detrimento do bem de muitos, sem que se possa enumerar razões racionais que possam de alguma maneira justificar tais atos, fica claro, que esse tipo de ação não possui legitimidade ética.⁴¹

Basicamente, os agentes orientam seus processos decisórios segundo duas máximas da teoria ética –convicção⁴² e responsabilidade⁴³ – segundo as premissas

³⁸ A justiça, em sua acepção ética, atua como uma espécie de código doador de sentido, a partir do qual se julga o direito positivo e que confere sentimento de obrigatoriedade aos comandos legais. Adirir ao sentimento de justiça do povo é uma atitude que os Estados podem adotar para angariar obediência, sem recorrer à violência. É bem verdade que a validade de uma lei ou de um ordenamento jurídico independe deste sentimento de obrigatoriedade. A história é rica em exemplos tanto de leis quanto de ordenamentos jurídicos que feriram e ferem o senso comum de justiça de um povo ou de uma época. Ademais, aderir ao sentimento majoritário de justiça do povo não raro envolve atitudes amplamente questionáveis num ambiente democrático, como aquelas que implicam negativa de direitos a minorias, por exemplo. Os juristas, no entanto, não precisam abrir mão da discussão sobre o justo. Trata-se de fértil campo de debate sobre os rumos do direito positivo (BANDEIRA, Max da Silva. *Legislação e judicatura: o lugar da lei na realização judicial do direito*. 2015. Dissertação de Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p.84. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-11042016-133642/>>. Acesso em: 02 ago. 2016).

³⁹ SROUR, op. cit.

⁴⁰ “[...] elabora conceitos, emite juízos de realidade, rastreia recorrências, identifica padrões e, com isso, capacita os estudiosos a antecipar eventos. É científica, porque a contrapelo da filosofia, constitui um discurso de demonstração: explicita os fundamentos sociológicos e históricos dos fenômenos estudados, torna inteligível porque tais ou quais cursos de ação foram adotados e permite prever ocorrências com boa margem de probabilidade. O caráter abstrato-formal de seus conceitos confere-lhe a universalidade indispensável para que sejam investidos no conhecimento das inúmeras situações concretas que emergem em qualquer tempo e sob quaisquer céus. Sublinhemos que a ciência ética adota como premissa a racionalidade universal e, *ipso facto*, os altruísmos. Ou, dito de outra forma, encampa os interesses gerais ou o bem comum, assim como os legítimos interesses grupais e pessoais” (ibid., p. 121).

⁴¹ Ibid.

⁴² Neste sentido Srouer (2008) explica: “A máxima da teoria ética da convicção diz: ‘cumpra suas obrigações sociais’ ou ‘siga as prescrições gerais’. Ou seja, indaga se a conduta adotada condiz com as expectativas públicas, se está conforme aos deveres ou às virtudes ensinadas. A teoria parte do pressuposto que tais injunções são universalistas, vale dizer, se coadunam com os interesses gerais, geram o bem comum e, a um só tempo, favorecem a geração do bem restrito universalista. Obedece, assim, a uma mecânica específica que postula que, para serem legítimas ou justificadas, as decisões e as ações

consideradas pelo sociólogo alemão Max Weber. A teoria da ética da convicção tem um caráter deontológico e se relaciona no campo da teoria dos deveres; por sua vez a denominada teoria ética da responsabilidade possui características teleológicas e está alinhada com as ideias da teoria dos fins.⁴⁴

Ora, como poderíamos então pensar em decisões éticas ou aéticas tomadas diante desses dois vieses e levando em conta o que ocorre no dia a dia dos ambientes organizacionais público e privado? Ações realizadas nestes dois ambientes são consequências de decisões tomadas por agentes, pessoas, indivíduos e/ou grupos que ocupam posições de poder no interior das organizações, sejam elas estatais ou privadas. Muitas dessas decisões são tomadas individualmente, mas seguramente a maioria delas é tomada de forma colegiada, principalmente pela multiplicidade de níveis hierárquicos que existe nas organizações contemporâneas.

É bom ressaltar que um dos maiores problemas das decisões apoiadas pela teoria da convicção é a volatilidade temporal dos valores. Ou seja, como o tomador de decisão pode ter a ideia precisa dos valores que mais serviriam ao bem comum? Considere a título de ilustração que a veracidade pode inquestionavelmente ser tida como um valor de cunho universal. Assim, falar a verdade sempre e em qualquer circunstância é o que prescreve a ética da convicção.⁴⁵

Por sua vez, os que advogam os pressupostos da ética da responsabilidade podem afirmar que falar sempre a verdade pode não interessar sempre e a todos os envolvidos. Por exemplo, faria algum sentido se o governo anunciasse previamente e sem ter realizado estudos aprofundados um aumento significativamente alto dos impostos sobre produtos importados? Obviamente não, pois isso geraria uma corrida desenfreada para fechar contratos de importação antes de a medida ser tomada, o que causaria uma procura exacerbada pela moeda estrangeira e um aumento na cotação, e que por sua vez prejudicaria a muitos.

Na ética da convicção o que ocorre é uma supervalorização das intenções do agente, que não terá responsabilidade direta sobre os resultados das ações desde que

devem manter-se fiéis às convicções, seguir à risca os procedimentos requeridos e alinhar-se com as determinações sociais” (ibid., p. 123).

⁴³ “A teoria ética da responsabilidade está moldada por outro material: indaga a respeito das *consequências dos atos*, opera um cálculo racional dos resultados e riscos, e mantém o foco na realização de objetivos universalistas, portanto, que interessem a todos. Em outros termos, explica as decisões e as ações pelo conhecimento empírico de seus fins e de seu alcance, pelos efeitos previsíveis sobre os agentes afetados, e as justifica à medida que os resultados alcançados forem socialmente úteis; caso contrário, emite um juízo negativo e circunstanciado. Em outras palavras, confere legitimidade a condutas cujas consequências gerem bem-estar geral” (Idem, ibidem).

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Neste sentido Alves (2013) assevera: “Estar absolutamente diante do novo. É o que tenta evitar a ordem, o dever-ser, e o que tenta buscar a arte, o poder-ser. Mas ambas estão na fronteira e as fronteiras são os espaços de tensão, onde se separa o um do outro e onde se une o um com o outro, onde reside o tudo ou nada. A normatividade exerce força para dentro, na tentativa de manter a unidade do um, o tudo, enquanto que a criatividade exerce força para fora, na tentativa de alcançar o outro, o nada. Não parece haver nenhuma novidade neste fato, ironicamente, soa como algo tão antigo quanto a própria humanidade” (ALVES, André Toledo Porto. *Verdade e liberdade*: ser, dever-ser e poder-ser. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p.10. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-09122013-154357/>>. Acesso em: 02 ago. 2016).

tenha agido segundo um procedimento previamente prescrito. É a lógica do formalismo retratada na máxima “Faça o que deve ser feito e aconteça o que tiver que acontecer. O que conta então? A pureza das intenções e, por conseguinte, a coerência entre a ação e a intenção”.⁴⁶

Sob esse aspecto, a moral kantiana pode ser tomada, em suas linhas gerais, como um apanhado exato da experiência moral comum, segundo a qual só podem ser consideradas como obrigatórias as máximas de ação que satisfazem a um teste de universalização. Nem por isso é necessário tomar o dever como inimigo do desejo; só estão excluídos os candidatos ao título de obrigação que não satisfazem ao referido critério; no sentido mínimo, a ligação entre obrigação e formalismo não implica senão uma estratégia de depuração destinada a preservar os usos legítimos do predicado da obrigação. Dentro desses estritos limites, é legítimo assumir o imperativo categórico em sua forma mais nobre: ‘Age unicamente segundo a máxima que faz que possas querer, ao mesmo tempo, que ela se torne uma lei universal’. Não é dito por essa fórmula como se formam as máximas, isto é, as proposições de ação que dão um conteúdo à forma do dever.⁴⁷

Ena incessante busca em que se percorre de máxima em máxima, um passo de cada vez, muitas vezes até cambaleante, os teóricos da ética e da filosofia moral constroem seus edifícios teóricos. Muitos deles, buscando uma verdade que possa ser atemporal e universal.

Na tomada de decisão pela ótica da ética da responsabilidade exercita-se o raciocínio indutivo, ao contrário do raciocínio dedutivo utilizado pela ética da convicção, e mais a tomada de decisão deriva de reflexões acerca das implicações que cada ação apresenta, o que nos obriga a conhecer as circunstâncias, análise dos riscos, custo-benefício. Bem como se funda na presunção dos fins a serem alcançados:⁴⁸ “[...] O enfoque tem similitudes com o enfrentamento do risco moral (*moral hazard*), que muitos criticam a medida que abre uma brecha para certos abusos”.⁴⁹

É por isto que muitos questionam a utilização de dinheiro público, por exemplo, para sanear bancos privados à beira da falência. Vale lembrar que, nestes casos, muito embora o custo do saneamento seja normalmente bem elevado, a omissão diante de uma situação como esta certamente causaria um dano bem maior a todos os agentes da economia e, por conseguinte, ao próprio contribuinte.⁵⁰

⁴⁶ SROUR, op. cit. p. 124.

⁴⁷ CANTO-SPERBER, op. cit. p. 591.

⁴⁸ SROUR, op. cit. p. 127.

⁴⁹ SROUR, op. cit. p.127.

⁵⁰ Um episódio em 2008 cujas consequências são ainda sentidas em várias partes do mundo é a crise internacional do *subprime*. “[...] para evitar uma crise sistêmica no setor bancário, ocasionada pelo colapso de empréstimos hipotecários de alto risco (*subprime*), o Tesouro norte-americano e o Federal Reserve (Fed, banco central americano) socorreram as agências hipotecárias Fannie Mae (Federal National Mortgage Association) e Freddie Mac (Federal Home Loan Mortgage Corporation), porque as duas respondiam por metade dos financiamentos das casas norte-americanas (US\$ 5,2 trilhões em títulos de hipoteca). A intervenção governamental foi considerada uma maneira de socializar os prejuízos, enquanto os lucros, nos tempos de bonança, tinham sido privatizados. Ou, dito de outra forma, maus

O Brasil passou por situação semelhante, muito embora a magnitude dos recursos públicos não tenha sido tão elevada. Em novembro de 1995 foi criado o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (Proer), por meio da Medida Provisória n. 1.179, e regulamentado pelas provisões da Resolução n. 2208. Este programa foi responsável pela liquidação de vários bancos brasileiros (Banco Nacional, Banco Excel, Banco Econômico, Banco Bamerindus, etc.) e os desembolsos do Tesouro Nacional alcançaram US\$ 21 bilhões, ou 3% do PIB, em 1997).⁵¹

3 ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ENTRE O FORMALISMO E A SUA REALIZAÇÃO NO ESTADO-CIDADÃO

As linhas norteadoras da Constituição Federal de 1988, que positivaram os princípios e normas elementares para a Administração Pública, ampliaram de maneira significativa a função jurisdicional que regula os atos administrativos e, com isso, acabaram também reforçando o instituto do controle de constitucionalidade.⁵²

Tais princípios e normas terminaram por alargar as competências do Poder Judiciário em relação à Administração Pública, pois de acordo com o art. 37, *caput*, III e § 1º., bem como a jurisdição firmada pelo STF (súmulas vinculantes 13, 473, etc.) por meio do combate ao nepotismo e rever seus próprios atos quando eivados de ilegalidades.⁵³

O Judiciário poderá, por exemplo, definir quais os atos imorais porventura cometidos pelo administrador público; ou ainda, os requisitos necessários para ingresso no serviço público e, também, os limites a serem praticados quanto à

riscos acabaram sendo assumidos pelo governo com o dinheiro dos contribuintes, o que poderia estimular outras aventuras do gênero. A postura oposta consistiria em deixar que empreendimentos mal gerenciados queimassem na pira sacrificial da pura lógica do sistema capitalista. Sem dúvida, foram decisões difíceis, polêmicas, prenhes de efeitos venenosos, porém indispensáveis para a preservação do equilíbrio mundial. Eis a penosa saga das ‘decisões responsáveis’ [...]” (Idem, *ibid.*, p. 128).

⁵¹ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). *Estudos econômicos da OCDE: Brasil 2000-2001*. Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico; Rio de Janeiro, RJ: FGV, 2001. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=QQjLuULVGAoC&pg=PA128&dq=PROER&hl=pt-PT&sa=X&ved=0ahUKewj61urgw67OAhVFDpAKHaW0BB0Q6AEIJDAC#v=onepage&q=PROER&f=false>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

⁵² FACURI, Renata Utuni. *As responsabilidades decorrentes do desvio de poder na Administração Pública*. Dissertação Mestrado em Direito). Faculdade de História da UNESP, Franca, SP: UNESP, 2007. Disponível em: <http://www.athena.biblioteca.unesp.br/exlibris/bd/bfr/33004072068P9/2008/facuri_ru_me_fran.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2016.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico]*. 5. ed. Atualizada até a EC 90/2015. Brasília, DF: STF, Secretaria de Documentação, 2016, p.538-539. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/aconstituicaoeosupremo/>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

publicidade oficial; o que na prática torna este Poder uma espécie de legislador negativo.⁵⁴

As constituições do século XX lidam com conteúdos políticos e com a legitimidade como processo contínuo na realização de seus conteúdos, configurando-se como sistemas abertos, democráticos, rompendo com a visão monolítica, homogênea de composição pacífica. Passamos a sínteses de conteúdos concorrentes e pluralistas como projeto que se expande às relações sociais. O conflito incorporado ao texto das constituições passa a se constituir em espaço de disputa político-jurídica.⁵⁵

Mesmo assim, a máquina pública sofre de males que perduram há décadas, a corrupção sistêmica, a morosidade que prejudica o acesso à justiça e aos direitos constitucionalmente garantidos, as políticas públicas que conseguem sair do papel e dos gabinetes e promover o desenvolvimento por meio da redução das injustiças.⁵⁶ O contumaz e muitas vezes descarado “jeitinho” regula as relações público-privadas, nas quais os interesses particulares estão muito acima das preocupações com o coletivo e, conseqüentemente, com a realização dos direitos sociais. Enfim, “o uso do poder que fere o possível direito e, por fim, a apropriação com descaso, abandono ou mau uso dos recursos naturais, ambientais, sociais, culturais, humanos e econômicos [...]”.⁵⁷

A durabilidade da Constituição depende do conteúdo material que representa. Quanto mais próxima dos fatores reais do poder – enquanto representa as partes que compõem a Constituição – maior a sua efetividade.⁵⁸ Nesse sentido, no contexto histórico atual, as partes que compõem os fatores reais do poder têm se distanciado do povo em geral, especialmente pelo conjunto de privilégios para poucos e pela corrupção como mal que nos aflige.

A soma dos fatores reais do poder é sinteticamente a essência da Constituição de um país.⁵⁹ Nesse sentido, novos valores precisam ser discutidos e incorporados enquanto concepção de legitimidade do Estado-Cidadão (entendido o conjunto de valores e práticas que cumpram uma função social mediante a participação do povo nos assuntos públicos). Afinal, uma decisão tomada de ordem econômica, política, social, ambiental afeta a vida das gerações do presente e do futuro no que diz respeito à própria existência digna, por meio do equilíbrio entre o

⁵⁴ “Embora ao Judiciário não seja permitido avaliar os atos discricionários da Administração Pública, com a constitucionalização das normas da Administração Pública, foi possível que ele controlasse a constitucionalidade dos atos do Executivo quando estes se manifestassem de maneira contrária aos princípios e preceitos fundamentais [...]” (FACURI, op. cit.).

⁵⁵ CARDOSO JÚNIOR, José Celso. *A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social*. Brasília, DF: IPEA, 2009. p. 255.

⁵⁶ GOMES, Nanci Fonseca. *A conduta moral na administração pública: um estudo com ocupantes de cargos comissionados*. 2010. Tese (Doutorado em Psicologia Escolar e do Desenvolvimento Humano) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47131/tde-29102010-160230/>>. Acesso em: 03 ago. 2016. p. 51.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ LASSALE, Fernando. *O que é uma Constituição*. Coleção Rosa-dos-ventos. v. 2. Porto Alegre: Vila Martha, 1980.

⁵⁹ Idem, *ibid.*

econômico, o social e o ambiental. No entanto, o modelo de moral burguesa calcada na simbiose público-privado associado ao patrimonialismo, personalismo e burocracia a serviço dos interesses de poucos, como historicamente tem sido a atuação do Leviatã, não mais se sustenta no século XXI diante das novas demandas sociais e da crise de legitimidade institucional (quando os poderes não têm representado os interesses do povo). As manifestações de junho de 2013 pelo País exigem do Estado um dinamismo ético, dialógico, participativo, assim como das corporações a sua responsabilidade social e ambiental, o combate à corrupção; ao trabalho escravo; ao preconceito, e o respeito ao cidadão nas relações estatais-empresariais como campo público-privado.

A visão doutrinária de Robert Alexy (2010)⁶⁰ traça um panorama do desafio que é a tensão existente entre os direitos individuais e os bens coletivos e, por conseguinte, as dificuldades em se efetivar plenamente a realização de ambos.^{61,62} tanto ao dissenso na teoria da justiça acerca da ponderação e alcance quanto à falta de clareza sobre esses limites. O que gera uma incerteza conceitual que dificulta a aplicação da norma.

Ora, algumas das raízes históricas mencionadas nos tópicos anteriores, muito embora tenham se desenrolado em contextos típicos, por vezes bem diversos dos atuais, parecem agir como verdadeiras doenças crônicas a influenciar o ambiente público e privado até os dias de hoje, e revelam a incapacidade do Estado e da sociedade civil em sanar males como o patrimonialismo, o clientelismo, a corrupção, entre outros, e denotam a necessidade de aprofundamento dos saberes em relação às normas e à(s) ética(s).^{63,64}

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² “A relação entre direitos individuais e bens coletivos faz parte dos temas filosófico-jurídicos, cuja discussão não quer terminar. Dois fundamentos para isso são rapidamente identificados: um normativo e um analítico. O problema normativo resulta disto, que cada determinação da relação no sentido de uma ponderação de direitos individuais e bens coletivos abarca decisões sobre a estrutura fundamental do estado e da sociedade. Um consenso sobre a sua ordem correta pressupõe concórdia sobre aquilo que é justo. A ponderação de direitos individuais e bens coletivos permanecerá, por conseguinte, em litígio enquanto existe dissenso na teoria da justiça. O problema analítico tem a sua causa nisto, que a determinação da relação pressupõe clareza sobre aquilo que deve ser fixado na relação, portanto, clareza sobre os conceitos do direito individual e do bem coletivo. Falta de clareza desses conceitos levam à confusão na solução do problema normativo”. (*Ibid.* p. 176).

⁶³ Neste contexto Borges (2011) alerta: “[...] Não é por outra razão que a questão cultural talvez seja atualmente um dos problemas mais refletidos e investigados pelos pensadores. A questão ética, os modos de agir e de pensar, as escolhas de vida e de práticas sociais, a enumeração de prioridades, em suma, o campo dos valores talvez seja o elemento central de uma reflexão sobre o ser humano” (BORGES, Guilherme Roman. *O direito constitutivo: um resgate greco-clássico do Nóminon Éthos como Eutaksía Nómimi e Dikastikí Áskisis*. 2011. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 5. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-02052012-152859/>>. Acesso em: 02 ago. 2016).

⁶⁴ Canto-Sperber (2007) clarifica o fenômeno das éticas, considerando uma delas como sendo anterior (a montante das normas) e a outra posterior (a jusante das normas), no que afirma: “Vejo então o conceito de ética partir-se em dois, um ramo designando o que está à montante das normas – falarei então de ética anterior – e o outro ramo designando o que está à jusante delas – falarei então de ética posterior [...] Por um lado, gostaria de mostrar que temos necessidade de um conceito assim clivado, cindido, disperso da ética, a ética anterior apontando para o enraizamento das normas na vida e no desejo, a ética posterior

O progresso técnico-científico desenvolvido pelo homem e seus saberes pragmáticos nos trouxe inestimáveis conquistas materiais, ao mesmo tempo atribulações espirituais, psicológicas e filosóficas que nos acompanha ao longo dos tempos. O que faz os intelectuais refletir sobre os valores morais e que também alcança o universo jurídico, e consequentemente a necessidade das inter-relações entre as normas e condutas éticas.⁶⁵

A prática jurídica tornou-se uma espécie de processo semelhante ao que é desempenhado pelas máquinas, uma repetição sem nada de inovador, uma automação de decisões que pouco minimizam as injustiças e os resultados danosos ao longo dos anos, frutos da exploração desordenada dos recursos humanos, ambientais, sociais, culturais, e a administração pública é, ao mesmo tempo, vítima e alçoz, visto que agentes públicos corruptos desviam fundos ou privilegiam grupos que não estão comprometidos com a realização de direitos para a coletividade.⁶⁶

Por sua vez, os Poderes Executivo e Legislativo encontram-se em uma situação de transição que é também conflituosa. A sociedade civil organizada exige maior transparência nas ações governamentais e nas destinações dadas ao dinheiro público, à repartição do poder e às ações que visem melhorar a eficiência, eficácia e efetividade do Estado no tocante ao planejamento e à implementação de políticas públicas⁶⁷ com práticas de boa governança, *accountability*. A Constituição Federal de 1988 traz à tona o debate acerca das dimensões da ética, da equidade e da sustentabilidade com vistas à concepção de bem-estar coletivo. Assim, a concepção pública do direito, bem com as formulações públicas passam a ampliar o campo de alcance institucional em que abrange diretamente um grupo complexo e maior de envolvidos nos processos de desenvolvimento.⁶⁸

Ora, isto afeta diretamente a administração pública, que passa por um processo de valorização de seu papel, ao mesmo tempo em que sofre maiores cobranças por parte da sociedade civil e dos vários governos que se alternam

visando a inserir as normas em situações concretas [...] Portanto, não seria por acaso que ora designamos por ética algo como uma meta moral, uma reflexão de segundo grau sobre as normas, ora os dispositivos práticos que convidam a colocar a palavra ‘ética’ no plural e a acompanhar o termo de um complemento, como quando falamos de ética médica, de ética jurídica, de ética de negócios etc.” (CANTO-SPERBER, op. cit. p. 591).

⁶⁵ BORGES, op. cit. p. 5.

⁶⁶ BANDEIRA, op. cit.

⁶⁷ Cf. IPEA (2010) reafirma que o Estado Democrático de Direito hodierno tem de ser dotado de mecanismos controle e de participação [...] O conceito de *accountability* refere-se à existência de formas de atribuição de responsabilidade por ações e políticas realizadas e sua respectiva prestação de contas. Em outros termos, o conceito vincula-se à obrigação de os agentes publicizarem suas ações e, por este meio, permitirem ao público – ou ao principal – atribuir responsabilidades por ações e resultados produzidos. [...] Um dos desafios atuais é ampliar e aprimorar os instrumentos de *accountability*, de modo a torná-los mais efetivos em disciplinar e sintonizar a burocracia pública com os interesses e objetivos definidos nas esferas políticas e/ou sociais (IPEA, *Estado, instituições e democracia: democracia*. Brasília, DF: 2010, p. 189. Disponível em:

<http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro09_estadoinstituicoes_vol2.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2016).

⁶⁸ CARDOSO JÚNIOR, José Celso (org.). *Planejamento Brasil século XXI: inovação institucional e redefinição administrativa: elementos para o pensar e o agir*. Brasília, DF: IPEA, 2015. Disponível em: <http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/160530_livro_planejamento_brasil_sec_xxi.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2016. p. 120.

periodicamente pelo mecanismo das eleições democráticas. Agentes políticos e públicos que buscam maior controle, transparência e, por conseguinte, ética, além de ter de lidar com um complexo ambiente de normas cuja produção termina por transformar a gestão de recursos públicos em uma tarefa árdua. Vale ressaltar que a complexidade do processo legislativo brasileiro é enorme, a começar pela quantidade de entes legiferantes, cerca de cinco mil, em três ordens normativas: União, Estados, Municípios, com competências muitas vezes concorrentes. Por outro lado, a administração pública legisla para dar condições de aplicabilidade à lei. Assim no País, enquanto o Executivo legisla, o Legislativo cumpre seu ofício em clima de desconfiança, por falta de credibilidade. Por sua vez, o Judiciário também vem inovando com suas criações legislativas.⁶⁹

Ora, uma boa governança na administração pública precisa ser fundamentada em quatro princípios. O primeiro deles é a contínua busca pela construção de relações éticas – inter e intra – instituições, sejam elas públicas e/ou privadas. Em segundo, alcançar um nível de excelência, que seja capaz de viabilizar conformidade de qualidade em suas ações e processos. Em terceiro, proporcionar transparência às ações governamentais, informando e disponibilizando informações úteis para a sociedade civil e para os órgãos de controle, e, em quarto, prestar contas de uma maneira responsável e ajustada aos padrões legais e éticos estabelecidos pelo arcabouço jurídico.⁷⁰

Não seria por falta de estrutura e de órgãos legiferantes e, por conseguinte, por falta de normas claras que os membros da administração pública poderiam cometer pecados, crimes e/ou omissões. Crimes como peculato, peculato culposo e peculato mediante erro de outrem (Art. 312 do Código Penal); concussão (Art. 316 do Código Penal); corrupção passiva (Art. 317 e 318 do Código Penal); prevaricação (Art. 319 do Código Penal); e corrupção ativa (Art. 333 do Código Penal); encontram-se tipificados com penas que variam entre três meses e oito anos de reclusão, além de multa,⁷¹ o que deveria mostrar-se suficientemente coercitivo para os pretendentes a cometer tais crimes.

No entanto, tais medidas ainda se mostram insuficientes, devido ao sentimento de impunidade e a morosidade do sistema judiciário brasileiro. Um quadro que vem sendo combatido nas várias esferas dos poderes públicos, que por meio da delação premiada, tem punido agentes públicos e privados responsáveis por atos de corrupção e outros crimes.⁷²

Faz-se mister pensar a ética na política como espaço para a realização do bem comum mediante a igualdade de oportunidades e que começa na educação de

⁶⁹ CARDOSO JÚNIOR, op. cit., p. 113.

⁷⁰ JUNQUILHO, Gelson Silva. *Teorias da Administração Pública*. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração: UFSC; Brasília: CAPES, UAB, 2010.

⁷¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Brasília. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 dez. 2016.

⁷² BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. *Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal*. Brasília. 2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 18 dez. 2016.

qualidade com vistas à cidadania como princípio que norteia o próprio Estado-Cidadão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a administração pública vale a máxima “não basta ser honesta, deve parecer honesta” (afirmação de César quando se divorciou em 62 a.C de sua segunda esposa Pompeia). Ora, desde Aristóteles luta-se com a ideia de um ser humano ambíguo, uma espécie de mutante, uma mistura de anjo e demônio, capaz pelo livre arbítrio de evoluir ou de degradar, o homem lobo do próprio homem, um animal com capacidade ilimitada de destruir a própria humanidade, mas também de doar a própria vida para salvar até mesmo um estranho.

A razão, uma capacidade humana esmiuçada desde a Grécia Antiga, em sua acepção subjetiva desdobra-se em três vertentes. A primeira delas é a razão especulativa, aquela que nos fornece a capacidade de procurar entender a essência de tudo o que nos cerca, objetos, pessoas, sentimentos, pensamentos, etc. Este tipo de razão procura a resposta para a questão do que pode o homem saber? Há um limite para o conhecimento humano?

A segunda espécie é a razão inventiva, ou seja, a que está diretamente relacionada com a ação. Pela força da criatividade o ser humano é capaz de criar tanto o belo, quando se apoia na estética e, portanto, na arte, como também o útil, ou seja, o desenvolvimento da técnica com o objetivo de tornar a vida melhor, os processos mais eficientes, eficazes e efetivos. A razão inventiva ou criadora foi capaz de tornar, por exemplo, a administração pública uma estrutura complexa capaz de cumprir os objetivos do Estado Democrático de Direito. Esta razão procura responder à questão sobre o que poderíamos, enfim, criar. Há um limite para o nosso poder de criação?

A terceira e última é a ética, a mais importante de todas elas, porque age no sentido de guiar as outras duas espécies de razão, é a referência dos governantes e dos governados, aquilo que conduz os seres humanos para a realização de seus planos e que atua em uma interface formada por seus corpos, corações e mentes.

É este tipo de razão que influencia a elaboração de nossos códigos penais, que define o que leva um crime a ser considerado como hediondo, inafiançável, que regula a dose das punições, que procura conter o egoísmo e a imoralidade de alguns, que estabelece quais os fatores atenuantes podem ser considerados diante de condutas criminosas ou ímprobas.

Essa tríade, que é histórica, pois parte do princípio de que a própria vida é um processo que avança pelo tempo, é que nos faz refletir sobre as questões tratadas aqui. Refletimos sobre a necessidade de desenvolver ações práticas no sentido de perenizar os fundamentos éticos na administração pública brasileira, sobre avançar nas questões que podem conter as influências políticas eminentemente ideológicas, que contaminam a racionalidade e o ideal de neutralidade burocrática (no sentido weberiano do termo) da administração pública, tornando-a um instrumento de

governo e não um instrumento do Estado capaz de realizar os ideais da democracia, da justiça e do direito.

As três espécies de razão podem e devem ser trabalhadas para que a eficiência, a eficácia e a efetividade da administração pública, analogamente ao que ocorre nas organizações privadas, possam gerar frutos (similares aos lucros) no sentido de promover a dignidade humana, a justiça social e material para todos os indivíduos da sociedade brasileira.

Por fim, a ética necessita alcançar o ambiente político, pois ele é a base do poder legiferante. Sem a ética na política se perde noção da própria moralidade pública haja vista as instituições são por excelência espaços para a realização do bem comum, seja na prestação das contas públicas, combate à corrupção endêmica e a má gestão pública. Os problemas éticos têm sua origem na falta de oportunidades para todos. A ética se realiza no agir como dever-moral consigo e com o outro, no respeito aos valores e princípios constitucionais como a cidadania, a dignidade humana, os valores do trabalho e da livre iniciativa, tendo como fonte o poder emanado da soberania popular, da simbiose deliberação-participação, nas relações público-privado por meio de um Estado-Cidadão.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ALVES, André Toledo Porto. **Verdade e liberdade**: ser, dever-ser e poder-ser. 2013. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-09122013-154357/>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Subsídios filosóficos ao ensino jurídico**: as virtudes da Prudentia e da Iustitia e o "método do caso" aplicado à disciplina de Direitos e Garantias Fundamentais. 2007. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-22022008-152311/>>. Acesso em: 01 ago. 2016.

ASHLEY, Patrícia Almeida (coord.). **Ética e responsabilidade social nos negócios**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BANDEIRA, Max da Silva. **Legislação e judiciatura**: o lugar da lei na realização judicial do direito. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-11042016-133642/>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

BORGES, Guilherme Roman. **O direito constitutivo: um resgate greco-clássico do Nómion Éthos como Eutaksía Nómimi e Dikastikí Áskisis**. 2011. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-02052012-152859/>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal**. Brasília. 2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 18 dez. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico]**. 5. ed. Atualizada até a EC 90/2015. Brasília, DF: STF, Secretaria de Documentação, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/aconstituicao eosupremo/>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

_____. Controladoria Geral da União. **Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas**. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

CANTO-SPERBER, Monique (org.). **Dicionário de Ética e Filosofia Moral**. V. I. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

CARDOSO JÚNIOR, José Celso (org.). **Planejamento Brasil século XXI: inovação institucional e refundação administrativa: elementos para o pensar e o agir**. Brasília, DF: IPEA, 2015. Disponível em: <http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/160530_livro_planejamento_brasil_sec_xxi.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2016.

_____. **A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social**. Brasília, DF: IPEA, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

FACURI, Renata Utuni. **As responsabilidades decorrentes do desvio de poder na Administração Pública**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de História da UNESP, Franca, SP: UNESP, 2007. Disponível em: <http://www.athena.biblioteca.unesp.br/exlibris/bd/bfr/33004072068P9/2008/facuri_ru_me_fran.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2016.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). **Estudos econômicos da OCDE: Brasil 2000-2001**. Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico; Rio de Janeiro, RJ: FGV, 2001. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=QQjLuULVGAoC&pg=PA128&dq=PROER&hl=pt-PT&sa=X&ved=0ahUKEwj61urgw67OAhVFDpAKHaW0BB0Q6AEIJDAC#v=onepage&q=PROER&f=false>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

GOMES, Nanci Fonseca. **A conduta moral na administração pública: um estudo com ocupantes de cargos comissionados**. 2010. Tese (Doutorado em Psicologia Escolar e do Desenvolvimento Humano) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47131/tde-29102010-160230/>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

IPEA, **Estado, instituições e democracia: democracia**. Brasília, DF: IPEA, 2010. Disponível em: <http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro09_estadoinstituicoes_vol2.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2016.

JUNQUILHO, Gelson Silva. **Teorias da Administração Pública**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração: UFSC; Brasília: CAPES, UAB, 2010.

LASSALE, Fernando. **O que é uma Constituição**. Coleção Rosa-dos-ventos. v. 2. Porto Alegre: Vila Martha, 1980.

MOTTA, Fernando C. Prestes; CALDAS, Miguel P. (orgs.). **Cultura organizacional e cultura brasileira**. São Paulo: Atlas, 1997.

OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento social do Século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996.

RICOEUR, Paul. **Ética e Moral**. Covilhã, Castelo Branco, Portugal: LusoSofia Press, 2011.

ROSS, Stephen A. *et al.*; **Fundamentos de administração financeira** [recurso eletrônico]. Porto Alegre: AMGH, 2013.

SROUR, Robert Henry. **Ética empresarial**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2007.

Recebido em 17.12.2016

Aceito em 03.05.2017

A PROTEÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E A RELEITURA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PARTIR DA ATUAÇÃO DE GRACILIANO RAMOS COMO GESTOR PÚBLICO

THE PROTECTION OF PUBLIC INTEREST AND THE REINTERPRETATION OF PRINCIPLES OF PUBLIC ADMINISTRATION FROM THE GRACILIANO RAMOS PRACTICE AS A PUBLIC MANAGER

Fábio Lins de Lessa Carvalho¹

Sumário: Considerações iniciais. 1 Graciliano Ramos no serviço público. 2 Aplicação dos princípios da administração pública. 3 Legalidade: cumprindo a vontade popular com coragem e criatividade. 4 Impessoalidade: combatendo velhas práticas. 5 Moralidade: “prefeito não tem pai”. 6 Publicidade: prestígio à transparência. 7 Eficiência: direito do cidadão, dever da Administração. 8 Interesse público: priorizando a coletividade. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente trabalho analisa a proteção do interesse público e os princípios da administração pública brasileira a partir da perspectiva da atuação de Graciliano Ramos, conhecido por ser um consagrado escritor, mas que também exerceu diversos cargos públicos, inclusive de Secretário de Estado da Educação e Prefeito Municipal. O artigo procura demonstrar como um administrador público das primeiras décadas do século passado agia com admirável retidão, eficiência e inovação, o que pode ser conhecido nos dias de hoje a partir da leitura de seus relatórios de gestão. As experiências do gestor público Graciliano Ramos servem como pano de fundo para a compreensão dos principais princípios do Direito Administrativo moderno.

Palavras-chaves: Graciliano Ramos. Administração pública. Princípios. Relatórios de gestão. Transparência. Legalidade. Impessoalidade. Moralidade. Publicidade. Eficiência. Interesse público.

Abstract: This work analyzes the protection of the public interest and the principles of brazilian public administration from the perspective of Graciliano Ramos' work, a famous brazilian writer, but who also held several public positions including State's Education Secretary and Municipal Mayor. The article seeks to demonstrate how a public administrator of the first decades of the last century acted with admirable rectitude, efficiency and innovation, which can be known today from the reading of his management reports. The experiences of the public manager Graciliano Ramos serve as a background for understanding the main principles of modern Administrative Law.

Keywords: Graciliano Ramos. Public administration. Principles. Management reports. Transparency. Legality. Impersonality. Morality. Publicity. Efficiency. Public interest.

¹ Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca (2010). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (2002), Professor Adjunto da Universidade Federal de Alagoas (2004) e do Centro Universitário Cesmac (2013), Procurador do Estado de Alagoas (2000), autor de diversos livros jurídicos, advogado (1999). E-mail: fabiolinslc@hotmail.com

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A história mostra que, na primeira metade do século XX, um alagoano de pouca instrução formal, mas de muita capacidade e discernimento, ocupou diversos cargos públicos e demonstrou como a coisa pública deve ser tratada com seriedade. E mais: para a sorte dos brasileiros, ele registrou (e melhor que isto, relatou) as atividades que ajudou a desenvolver. Trata-se de Graciliano Ramos, tão estudado no cenário acadêmico brasileiro e internacional pelos que são versados em literatura, mas tão pouco lembrado pelos que fazem parte dos meios jurídico, administrativo e político. É exatamente esta lacuna que se pretende, através do presente estudo, preencher.

Registre-se, oportunamente, que o presente trabalho não busca realizar reflexões jurídicas a partir da análise da obra literária do Velho Graça (embora isto também fosse possível e interessante). Na verdade, trata-se de um estudo, sob a ótica do direito administrativo e da gestão pública, de suas atuações enquanto agente público.² E mais: o que se pretende nesta investigação é resgatar as experiências vivenciadas por um brasileiro que, em sua dimensão pública, ao exercer vários cargos e funções, procurou aplicar com tenacidade princípios que hoje são amplamente reconhecidos como obrigatórios no âmbito da Administração Pública.

Assim, em um cenário atual onde se verificam “perdas de parâmetros sociais e ideológicos”, trata-se a presente empreitada intelectual de uma tentativa de “retomada do passado em busca de modelos que sirvam para justificar ou inspirar ações no presente”.³ Ademais, como já alertava o jurista Pontes de Miranda, alagoano como Graciliano Ramos, ao destacar a necessidade de um estudo mais interdisciplinar da ciência jurídica, “quem só o Direito sabe, nem Direito sabe”.⁴

² Vale destacar, todavia, que aqui se reconhece o papel daqueles que procuram trilhar o primeiro caminho: “as pesquisas referentes à ligação entre Direito e Literatura nos remetem ao “Law and Literature Movement”, grupo de estudiosos americanos que propôs a interseção entre a “common law” e as obras literárias. No Brasil, grandes juristas têm pesquisado sobre a relação proposta no presente artigo, imperioso destacar Lênio Streck, grande constitucionalista defensor da fenomenologia hermenêutica; e André Karam Trindade, que juntos organizaram o livro “Os modelos de juiz”, uma interessante reunião de ensaios sobre Direito e Literatura. Essa interessante obra conta com memoráveis textos dos próprios organizadores, de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Alexandre Moraes da Rosa, dentre outros” (SCHMIDT, Vinícius Pomar. **Literatura para um ensino jurídico crítico**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4875, 5 nov. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53462>, acesso em 06 de janeiro de 2017).

³ SIMINI, Fábio Villani. **A trajetória de Graciliano Ramos e a multiplicidade de sentidos de “Memórias do Cárcere”**. Dissertação de Mestrado em Memória Social, ofertado pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), texto disponível no endereço eletrônico <http://www.memoriasocial.pro.br/documentos/Disserta%C3%A7%C3%B5es/Diss299.pdf>, com acesso em 27 de janeiro de 2017.

⁴ Além de afirmar a necessidade de ampliação da visão daqueles que lidam com o Direito, o próprio Pontes de Miranda, reconhecido como um dos maiores juristas brasileiros de todos os tempos “foi sociólogo, foi filósofo, foi cientista político, foi antropólogo, foi prosador, foi poeta, foi matemático, foi linguista e foi jurista, área em que obteve a maior notoriedade. Foi até biólogo, pesquisador que descobriu a pontesiae, uma bactéria assim nomeada em sua honra” (MELLO, Marcos Bernardes de. A genialidade de Pontes de Miranda. **Revista Getúlio**: Revista do GVlaw – Programa de Especialização e Educação Continuada da DIREITO GV, São Paulo, p. 44-48, mar. 2008, p. 45).

O que certamente já se pode afirmar é que as contribuições que o homem público Graciliano Ramos pode oferecer aos agentes públicos e à sociedade dos tempos de hoje, assim como ao estudo do Direito Administrativo é algo inestimável, e, ao mesmo tempo, desconhecido, já que este enfoque, conforme já destacado, não despertou até o presente momento o interesse da comunidade jurídica.

1 GRACILIANO RAMOS NO SERVIÇO PÚBLICO

Consagrado pelo público e pela crítica, reputado por muitos como um dos grandes nomes da literatura mundial, Graciliano Ramos sempre teve uma constante preocupação social, o que se vê de forma acentuada em suas obras literárias ou mesmo em seu ofício de jornalista.

Mais que um pensador e emissor de opiniões, Graciliano teve uma efetiva atuação política, tendo sido membro do Partido Comunista Brasileiro (filhou-se em 1945) e Presidente da Associação Brasileira de Escritores (a partir de 1951), tendo ainda tentado sem sucesso um mandato na Câmara dos Deputados por Alagoas (mais uma vez sem fazer campanha).⁵ O que pouca gente sabe (ou repercute) é que Graciliano Ramos dedicou vários anos de seus sessenta anos de vida ao serviço público,⁶ tendo exercido diversas funções (em geral, paralelamente à literatura e ao jornalismo), que vão desde cargos administrativos, cargos de direção, e até mesmo um mandato eletivo, como Prefeito de Palmeira dos Índios (AL).

Conforme se verá, Graciliano passou, deixando sua marca, pelas Administrações Pública municipal, estadual e federal.⁷ Neste contexto, em termos cronológicos, convém registrar que o autor de *Vidas Secas* iniciou sua vida pública na Administração Pública Municipal, como Presidente da Junta Escolar de Palmeira

⁵ “Mais uma vez” porque quando fora eleito prefeito de Palmeira dos Índios em 1927, também não fizera campanha. Sobre a candidatura para a Câmara dos Deputados, vale registrar ainda que “dezesseis anos depois de renunciar à prefeitura, já morando no Rio, filiou-se ao Partido Comunista e, por insistência dos amigos, candidatou-se à Câmara dos Deputados por Alagoas. O Estado lhe deu 62 votos. Sem pisar lá, enviou por escrito discurso eleitoral que começava assim: “Meus raros amigos de Alagoas” (Trecho retirado da reportagem **À procura de Graciliano Ramos**, de Maria Cristina Fernandes, publicada no site Valor Econômico em 15.03.2013, com endereço eletrônico <http://www.valor.com.br/cultura/3045934/procura-de-graciliano#ixzz2NcEJKF5r>, acesso em 11 de janeiro de 2017).

⁶ Para se perceber a relevância das atividades públicas na vida do escritor, ao ser solicitado para escrever um pequeno resumo sobre quem era Graciliano Ramos, ele, em um único parágrafo, fez duas referências às funções públicas que ocupou: “*É inspetor de ensino*” e “*Quando prefeito de uma cidade do interior, soltava os presos para construírem estradas*” (RAMOS, Graciliano. **Auto-retrato aos 56 anos**, texto disponível no site oficial do escritor Graciliano Ramos, com endereço eletrônico <http://graciliano.com.br/site/autorretrato/>, acesso em 27 de janeiro de 2017).

⁷ Sobre o Graciliano agente público e sua marca, já se destacou que “*primou pelo senso ético, pela coerência de princípios e pela honestidade. Mesmo enfrentando escassez de recursos e o conservadorismo, priorizou suprir carências sociais e moralizar a administração pública, sendo feroz opositor do clientelismo político, da corrupção e da ganância das elites*” (Trecho retirado do texto **Graciliano Ramos, um gestor para os pobres**, de autoria de Dênis de Moraes, publicado em Prosa, blog literário do Globo em 05.07.2013 com endereço eletrônico <http://blogs.oglobo.globo.com/prosa/post/graciliano-ramos-um-gestor-para-os-pobres-502436.html>, acesso em 28 de janeiro de 2017).

dos Índios em 03 de novembro de 1926, espécie de cargo assemelhado ao atual Secretário Municipal de Educação e foi prefeito do citado município entre 07 de janeiro de 1928 e 10 de abril de 1930, quando renunciou ao cargo. Em seguida, passa a ocupar cargos no âmbito da Administração Pública Estadual, onde exerceu a função de Diretor da Imprensa Oficial de Alagoas (instituição que hoje leva o seu nome), entre 31 de maio de 1930 e 29 de dezembro de 1931, e ocupou o cargo de Diretor da Instrução Pública Estadual (correspondente ao cargo de Secretário Estadual da Educação), entre 18 de janeiro de 1933 até a data em que foi preso (supostamente por suas convicções políticas), em 03 de março de 1936. Após deixar o Estado de Alagoas, também integrou os quadros da Administração Pública Federal, onde exerceu o cargo de Inspetor Federal de Ensino Secundário do Rio de Janeiro, tendo sido nomeado em agosto de 1939, e permanecido no cargo até sua morte, em 26 de janeiro de 1953.⁸

Conforme anotam alguns biógrafos, Graciliano Ramos acabou entrando para o serviço público porque seu ofício de escritor não lhe traria rendimentos necessários para sustentar uma família numerosa (o escritor teve oito filhos). Sobre esta contingência: “o próprio Graciliano Ramos descreve a situação (...)” “Como a profissão literária ainda é uma remota possibilidade, os artistas em geral se livram da fome entrando no funcionalismo público”.⁹

Todavia, além dessas questões de ordem prática e econômica, é inegável que Graciliano Ramos aceitou alguns desafios espinhosos no serviço público, especialmente pelo amor que sempre sentiu por sua gente humilde e sofredora, tão bem retratada em seus livros, e, inclusive, por sua terra natal, que tanto precisava do talento e obstinação deste que foi escolhido o maior alagoano do século XX.¹⁰

Mas como se saiu o consagrado escritor como agente público? Teria sido ele um funcionário exemplar?¹¹ Ou teria o Velho Graça se acomodado como era (e muitas vezes ainda é) costume no serviço público? Como resposta, há quem afirme que custa crer que existiu no Brasil um homem público com a grandeza de Graciliano Ramos. Neste sentido, destaque-se que, “Prefeito, despediu funcionários que nada faziam; diretor da Instrução Pública, contrariou políticos e praticou um ato

⁸ Informações obtidas no site oficial do escritor Graciliano Ramos www.graciliano.com.br, disponível no endereço eletrônico <http://graciliano.com.br/site/vida/biografia/>, acesso em 13 de julho de 2016. Vê-se que tais informações estão de acordo com a cronologia descrita na obra **O velho Graça**. Uma bibliografia de Graciliano Ramos. Dênis de Moraes. Edição revisada e ampliada, São Paulo: Boitempo Editorial, 2012.

⁹ Trecho retirado da **Enciclopédia Nordeste**, Verbete Graciliano Ramos. Texto disponível no site www.onordeste.com, publicado no endereço eletrônico http://www.onordeste.com/onordeste/-enciclopediaNordeste/index.php?titulo=Graciliano+Ramos<r=g&id_perso=224, acesso em 13 de julho de 2016.

¹⁰ Na virada do século XX para o XXI, o jornal Gazeta de Alagoas promoveu uma espécie de concurso para escolha do maior alagoano do século XX. Graciliano ficou em primeiro, tendo o jurista Pontes de Miranda ficado na segunda colocação. Votaram neste concurso personalidades alagoanas de destaque na atualidade (Informação obtida na reportagem **Graciliano Ramos eleito o alagoano do século**, publicada no jornal Gazeta de Alagoas do dia 01.01.2000).

¹¹ Em suas obras literárias, há personagens servidores públicos, como é o caso de Luiz da Silva, de *Angústia*, publicado em 1936. No livro, em tom crítico, Graciliano o descreve da seguinte forma: “Trinta e cinco anos, funcionário público, homem de ocupações marcadas pelo regulamento” (RAMOS, Graciliano. *Angústia*, 67. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012, p. 40)

de antinepotismo inimaginável, ao despedir a própria irmã junto com um lote de professoras inabilitadas para a função; inspetor de ensino, não faltou a um dia de trabalho, mesmo sendo amigo do ministro que o nomeara”.¹²

Ao ser indagado “como se sentia como funcionário público, Graciliano mordeu a ponta do cigarro Selma e despistou: “Não escolhi ser. Mas fiz o que achei que me cabia”. Fez bem mais. Dignificou a função pública”.¹³

2 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Se a compreensão e o manejo de princípios jurídicos são essenciais ao aplicador de todos os ramos do Direito, no campo específico do Direito Administrativo, por uma série de razões, isto se aplica com muito mais intensidade. Um dos motivos a ser destacado é a presença da discricionariedade administrativa, espaço de movimentação que a lei concede ao administrador público a fim de que ele realize as melhores escolhas possíveis. Neste tocante, são os princípios que devem orientar a Administração Pública a fim de que esta venha a decidir da forma que melhor atenda o interesse público.

A partir da Constituição de 1988, o Direito Administrativo passou por uma série de transformações que visam reforçar valores como justiça, isonomia, democracia, dentre outros, o que estaria supostamente garantindo uma atividade administrativa mais alinhada aos ditames do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, se é verdade que o citado ramo do direito público tem procurado avançar consideravelmente, amoldando-se aos valores constitucionais, respirando ares mais democráticos, afastando-se cada vez mais do formalismo e buscando conferir maior importância à motivação, ao controle da discricionariedade e aos resultados da atuação administrativa, também é fato que a Administração Pública brasileira ainda não tem conseguido acompanhar estas mudanças de paradigma.

Nesse cenário, o papel dos princípios do Direito Administrativo é extraordinário: eles orientam a criação de regras que tratam dos temas mais variados e provenientes das mais diversas fontes e graus de hierarquia normativa, servem como vetores para sua interpretação em consonância com o ordenamento constitucional e orientam os comportamentos quando de sua aplicação pela Administração Pública, o que, inevitavelmente, gera reflexos na vida social.

A sociedade moderna aspira a uma administração pública que cumpra a lei de forma inteligente, sem favoritismos, com probidade e transparência. Todavia, a realidade é desoladora: somente em raras ocasiões se sentiu neste país tamanha

¹² Trecho retirado do artigo **Graciliano Ramos, sem caixa dois**, de autoria de Luciano Oliveira, publicado no Suplemento Cultural do Diário Oficial de Pernambuco em setembro de 2005, obtido no endereço eletrônico <http://www.acesa.com/gramsci/?page=visualizar&id=425>, acesso em 24 de dezembro de 2016.

¹³ Trecho retirado do texto **Graciliano Ramos, um gestor para os pobres**, de autoria de Dênis de Moraes, publicado em Prosa, blog literário do Globo em 05.07.2013 com endereço eletrônico <http://blogs.oglobo.globo.com/prosa/post/graciliano-ramos-um-gestor-para-os-pobres-502436.html>, acesso em 28 de janeiro de 2017.

sensação de descumprimento generalizado aos preceitos jurídicos pelos agentes públicos como se verifica nos dias de hoje.¹⁴ Nos tempos de Graciliano Ramos, a situação certamente era mais grave, ao menos no que diz respeito à consolidação dos direitos fundamentais difusos, como é o caso do direito à boa administração. Diante da prevalência das práticas patrimonialistas, onde não se garantia a supremacia do interesse público, não havia muito espaço para se falar e efetivar valores como a impessoalidade, a moralidade, a transparência e a eficiência.

Não obstante, conforme se verá em seguida, o gestor público Graciliano Ramos, enfrentando uma série de obstáculos jurídicos, financeiros e culturais, já aplicava com muita seriedade e inteligência tais princípios, que somente sessenta anos após o início de sua gestão como Prefeito se tornaram positivados na Constituição e passaram a ser a base do Direito Administrativo moderno. O que ele fez de diferente? Como ele agia para garantir que a administração pública fosse voltada exclusivamente para o atendimento do interesse coletivo? Todas estas respostas serão investigadas a continuação.

3 LEGALIDADE: CUMPRINDO A VONTADE POPULAR COM CORAGEM E CRIATIVIDADE

Quando o prefeito Graciliano Ramos assumiu em 1928 seu mandato como Chefe do Poder Executivo de Palmeira dos Índios, município do agreste alagoano, ele encontrou um quadro bastante caótico na Prefeitura. Para se ter uma ideia, a primeira dificuldade que ele encontrou foi achar uma lei municipal. Em seus relatórios ao governo do Estado, ele registra:

Em janeiro do ano passado, não achei no Município nada que se parecesse com lei, fora as que havia na tradição oral, anacrônicas, do tempo das candeias de azeite. Constava a existência de um código municipal, coisa intangível e obscura. Procurei, rebusquei, esquadrinhei, estive quase a recorrer ao espiritismo, convenci-me de que o código era uma espécie de lobisomem. Afinal, em fevereiro, o secretário descobriu-o entre papéis do Império. Era um delgado volume impresso em 1865, encardido e dilacerado, de folhas soltas, com aparência de primeiro livro de leitura de Abílio Borges. Um furo. Encontrei no folheto algumas leis, aliás bem redigidas, e muito sebo. Com elas e com outras que nos dá a Divina Providência consegui agüentar-me, até que o Conselho, em agosto, votou o código atual.¹⁵

Em uma época em que não existia o computador e seu poder de armazenamento de informações, trabalhar na Administração Pública e, mais

¹⁴ Sobre esta questão, “as críticas reiteradas ao Estado e ao modelo de Administração Pública brasileiros são, em geral, justas, e remontam a razões históricas profundas, que levaram a dominação do aparato estatal por elites sociais que, ao dirigir a atuação administrativa em favor de seus próprios interesses, promoveram a reprodução de um modelo exclusivista e ineficiente no tocante à prestação de serviços públicos à população.” (MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 23)

¹⁵ Trecho do **Relatório do Prefeito de Palmeira dos Índios ao Governador do Estado de Alagoas**, referente ao ano de 1928, publicado no Diário Oficial de Alagoas em 24 de janeiro de 1929.

especificamente, com sua legislação, era tarefa das mais ingratas. Ao assumir seu cargo de Prefeito, Graciliano Ramos sabia que teria que conduzir suas ações de acordo com a legislação disponível.¹⁶ Mas que leis o município produziu? Onde encontrá-las? Estariam elas em vigor?

Se os órgãos de assessoramento jurídico dos dias de hoje, em especial no âmbito dos Estados e Municípios, ainda têm enorme dificuldades em localizar leis e demais atos normativos, catalogar a legislação que ainda está em vigor, descartando normas já revogadas, imagine-se o que os gestores públicos das primeiras décadas do século passado não sofreram.

A passagem em que aduz que “constava a existência de um código municipal, coisa intangível e obscura. Procurei, rebusquei, esquadrinhei, estive quase a recorrer ao espiritismo, convenci-me de que o código era uma espécie de lobisomem”, embora descrita de forma chistosa, caracteriza o labor daqueles que são levados, por seus ofícios (advogados públicos, pesquisadores, historiadores, etc.), a localizar, como uma agulha em um palheiro, leis antigas de um ente federativo brasileiro.

Convém registrar que o Direito Administrativo se caracteriza no Brasil por um ser um ramo jurídico não codificado. Assim, ao contrário de outras áreas (como o Direito Civil, Penal, Processual), há inúmeras leis administrativas esparsas e que versam sobre os temas mais distintos (organização administrativa, servidores, saúde pública, segurança, poder de polícia, serviços públicos, contratos, etc.). Ademais, as referidas leis são produzidas por todos os entes federativos, gerando não dezenas ou centenas de leis, mas milhares, quiçá milhões.¹⁷ Isto sem falar no imenso contingente de normas administrativas infralegais, como decretos, portarias, resoluções, regimentos internos, estatutos, dentre outras, que fazem com que a tarefa de administrar o interesse público seja ainda mais complexa.

Pois Graciliano Ramos prefeito se deparou exatamente com este quadro caótico. Ou melhor, com algo bem pior: “Em janeiro do ano passado, não achei no Município nada que se parecesse com lei”. Ora, indaga-se aqui: como vinham então as gestões anteriores realizando suas atividades sem lei? Para que o leitor possa ter uma ideia aproximada do que significava gerir um município sem leis que definissem as condutas e os procedimentos que deveriam ser realizados no exercício do poder de polícia da Administração Pública, José Afonso da Silva destaca o conteúdo de uma lei de 1828 que regulamentou a competência das Câmaras dos

¹⁶ Apesar de proferida em outro contexto e muitos anos depois da gestão à frente da Prefeitura de Palmeira dos Índios, Graciliano escrevera uma frase que bem traduz sua compreensão de que como o administrador público se sujeita à lei, devendo-lhe ser obediente, mas detendo ainda um espaço, dentro dos limites fixados por ela, para tomar decisões: “*Liberdade completa ninguém desfruta: começamos oprimidos pela sintaxe e acabamos às voltas com a delegacia de ordem política e social, mas, nos estreitos limites a que nos coagem a gramática e a lei, ainda nos podemos mexer*” (RAMOS, Graciliano. **Memórias do Cárcere**. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 12).

¹⁷ Basta fazer uma simples conta: se cada um dos mais de cinco mil municípios brasileiros tiver, pelo menos, duzentas leis, existirão no Brasil um milhão de leis municipais (isto sem falar nas leis nacionais, federais e estaduais).

municípios brasileiros. No caso, um século antes da gestão de Graciliano Ramos, as atividades de ordenação do convívio urbano já eram bem abrangentes.¹⁸

Em outro trecho do relatório, Graciliano, ao criticar as gestões públicas municipais que achavam que administrar não era mais que as “modestas tarefas de varrer as ruas e matar cachorros”, já responde que uma Administração Pública que consegue realizar suas atividades sem lei é exatamente aquela que nada faz. Ressalte-se que para disciplinar todas estas temáticas citadas, era imprescindível que existissem leis, ou, usando a nomenclatura da época, um Código Municipal. Assim, quando o prefeito escritor afirma, não em tom de chacota, que o secretário descobriu o código municipal “entre papéis do Império”, comprova na pele como o direito administrativo possui fontes normativas derivadas de tempos imemoriais,¹⁹ o que dificultaria ainda mais sua plena aplicação.

Afortunadamente, Graciliano conseguiu ver aprovado um novo código municipal, votado em agosto de 1928 no Conselho. Uma vez aprovado o código tão inovador, o prefeito logo começou a ter problemas com aqueles que não queriam se adequar às suas regras. Um dos que se confrontou com o prefeito Graciliano foi exatamente o Conselheiro Capitulino José de Vasconcelos, que estava injuriado porque os fiscais da Prefeitura estavam ameaçando fechar seu açougue caso não pagasse os impostos devidos. Curiosamente, tratava-se de um dos Conselheiros que havia aprovado o Código meses antes. Ao ser procurado e confrontado, o prefeito Graciliano Ramos revidou “Eu não tenho culpa de você ser burro e assinar papel sem ler. Não pleiteei a Prefeitura, não farei favores”. E acrescentou “Pague o imposto antes que tenha que fazê-lo pela coerção da lei”. Em outro momento, durante a construção da estrada para Palmeira de Fora, um fazendeiro não queria permitir que os operários dessem continuidade às obras em suas terras. Graciliano compareceu ao local, determinando que fossem cortadas as roças de milho que ficavam no caminho da estrada. Após os protestos do fazendeiro, Graciliano dissera “Seu milho ia dar aqui a noventa dias, mas o senhor já o colheu agora. Vá à prefeitura receber o seu dinheiro”.²⁰

O prefeito Graciliano Ramos dava mais uma lição aos administradores públicos brasileiros: de nada adianta tanto esforço para aprovação de leis se estas

¹⁸ No caso: “1) alinhamento, limpeza, iluminação, e desempachamento das ruas, cais e praças, conservação e reparo de muralhas feitas para segurança dos edifícios, e prisões públicas, calçadas, pontes, fontes, aquedutos, chafarizes s, poços, tanques, e quaisquer outras construções em benefício comum dos habitantes, ou para decoro e ornamento das povoações; 2) o estabelecimento de cemitérios fora do recinto dos templos; o esgotamento de pântanos, e qualquer e estagnação de águas infectas; a economia e asseio dos currais, e matadouros públicos, a colocação de curtumes, os depósitos de imundices, e quanto possa alterar e corromper a salubridade da atmosfera; 3) edifícios ruinosos, escavações e precipícios nas vizinhanças das povoações; 4) vozerias nas ruas em horas de silêncio, injúrias, e obscenidades contra a moral pública; 5) construções, reparo, e conservação das estradas, caminhos, plantações de árvores para preservação de seus limites à comodidade dos viajantes e das que forem úteis para a sustentação dos homens e dos animais” (SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, p. 53-54).

¹⁹ Para estudar alguns temas de Direito Administrativo no Brasil, como é o caso de bens públicos, há a necessidade de se manusear atos normativos produzidos no Brasil colônia e Império. No caso, os terrenos de marinha e as terras devolutas se enquadram perfeitamente nesta situação.

²⁰ MORAES, Dênis de. **O velho Graça**. Uma bibliografia de Graciliano Ramos. Edição revisada e ampliada. São Paulo: Boitempo Editorial, 2012, p. 67.

não forem executadas pela Administração Pública com inovação e coragem, ainda que isto represente contrariar interesses poderosos.

4 IMPESSOALIDADE: COMBATENDO VELHAS PRÁTICAS

O município de Palmeira dos Índios de 1928 era um retrato fiel da realidade das pequenas cidades do interior do país, dominadas por velhas práticas patrimonialistas, dentre as quais o coronelismo, o clientelismo, o fisiologismo, o nepotismo, o favoritismo, o revanchismo. Assim como em todo território brasileiro, a Administração Pública municipal naquele pedaço de Alagoas era uma terra “sem lei e sem obediência, à margem do controle, inculcando ao setor público a discricção, a violência, o desrespeito ao direito. Privatismo e arbítrio se confundem numa conduta de burla à autoridade, perdida esta na ineficiência”.²¹

Quando assumiu o mandato de Prefeito, Graciliano Ramos encontrou uma cidade “onde o poder dos grandes senhores se sobrepunha ao interesse coletivo e às normas vigentes”,²² o que era apenas uma dentre as incontáveis dificuldades que teve que superar. Registre-se que o novo prefeito não reconhecia o poder destas autoridades paralelas (“havia em Palmeira inumeros prefeitos” ou “cada pedaço do Município tinha a sua administração particular”), embora recebesse constantes ameaças e intimidações, inclusive uma tentativa de assassinato.²³ No tocante ao combate ao clientelismo,²⁴ não tolerava qualquer acordo espúrio. Era avesso a toda espécie de favoritismo. Neste sentido, cunhou uma das frases mais expressivas do primeiro relatório: “Há quem não compreenda que um acto administrativo seja isento da ideia de lucro pessoal”; no segundo, afirmou que não empregara rigores excessivos. “Fiz apenas isto: extingui favores largamente concedidos”.

Adotando sempre uma postura que consagra a impessoalidade, afastou-se da tradição do nepotismo, chegando a afirmar que o dinheiro do povo estaria mais bem aplicado se transformado em “pedra, cal, cimento” que se distribuído com seus parentes. Estes, aliás, não tiveram vida fácil: basta lembrar o exemplo de seu próprio pai, multado por deixar animais soltos na rua. Se não favoreceu, também procurou

²¹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Formação do patronato político brasileiro. 11. ed. São Paulo: Editora Globo, 1997, vol. 1, p. 231.

²² MORAES, Dênis de. Op. cit., p. 65.

²³ Neste sentido, Graciliano cumpriu rigorosamente a lei “...sem temer inimizadas, ameaças, intimidações, ou mesmo tentativas de assassinato, como a que sofreu em 1928 enquanto passeava com a mulher, Heloísa, grávida de Ricardo, o primeiro filho do casal. Com cerca de seis tiros, um atirador chinfirim conseguiu apenas quebrar o para-brisa do carro que os transportava numa tarde de domingo. O prefeito, mesmo tendo pessoalmente levado o homem para a cadeia, nunca soube quem era o mandante do crime” (trecho retirado do prefácio dos **Relatórios de Graciliano Ramos publicados no Diário Oficial**, elaborado por Elizabeth Ramos, Imprensa Oficial Graciliano Ramos, Maceió, 2013, p. 14).

²⁴ Desde sua origem, Alagoas sempre esteve inserida em um contexto de profundo desequilíbrio socioeconômico, o que serviu de combustível para as práticas clientelistas: “*Das benesses sesmarias, fundiárias, à estruturação do poder familiar/pessoal, dos lanços de parentela ao estabelecimento da corte de agregados e à prática clientelista, a relação de dependência da população e o uso da violência em qualquer disputa, principalmente política, são fatos que vão caracterizar a nova unidade administrativa*” (TENÓRIO, Douglas Apratto. **A tragédia do populismo**. O impeachment de Muniz Falcão. 2. ed. Maceió: Edufal, 2007, p. 95).

não trilhar o caminho do revanchismo: “puz termo às extorsões que afligiam os matutos de pequeno valor, ordinariamente raspados, escorchados, esbrugados pelos exactores”. Outra prática que o prefeito de Palmeira dos Índios procurou reprimir foi a da promessa vazia, típica de gestões que agem com populismo apenas porque objetivam obter proveitos eleitorais a fim de que consigam se perpetuar no poder.

Devido a sua austeridade, jamais dava um passo maior que as pernas. No segundo relatório, indagava: “Mas para que semear promessas que não sei se darão fructos? Relatarei com pormenores os planos a que me referi quando eles estiverem executados, se isto acontecer. Ficarei, porém, satisfeito se levar ao fim as obras que encetei. É uma pretensão moderada, realizável.”

A doutrina administrativista brasileira, após destacar os vícios de uma administração patrimonialista e o perfil do gestor público personalista, já destacou que quem vier a contrariar o perfil acima indicado está fadado muitas vezes ao isolamento, “uma vez que estará indo de encontro a todo um modelo cultural já incorporado na sociedade brasileira”, e que “embora se tenha experimentado uma indiscutível democratização na gestão dos negócios públicos, o que possibilitou um maior controle e transparência dos atos do Poder Público, a administração personalizada continua sendo uma constante”.²⁵

5 MORALIDADE: “PREFEITO NÃO TEM PAI”

O fato de uma gestão realizada há quase noventa anos ainda servir de referência (inclusive ética) para os atuais administradores públicos é algo que merece ser destacado, especialmente em se tratando de um período histórico em que não existiam leis administrativas tão rígidas (como a lei de responsabilidade fiscal e a lei de licitações) e em que os municípios possuíam ainda menos autonomia, posto que dispunham de míseros recursos financeiros.

Menos de um mês à frente da Prefeitura, Graciliano já antevê que terá dificuldades em concluir o mandato, o que se confessa quando escreve em uma carta à Heloísa (que viria se tornar sua esposa no primeiro ano do mandato) que: “Para os cargos de administração municipal escolhem de preferência os imbecis e os gatunos. Eu, que não sou gatuno, que tenho na cabeça uns parafusos de menos, mas não sou imbecil, não dou para o ofício e qualquer dia renuncio”.²⁶

O prefeito Graciliano se portava de forma austera e agia com convicção. Certa vez ele “demitiu seu secretário de Finanças ao desconfiar de sua lisura no cuidado das contas do município. Só que o tal secretário era irmão do vice-prefeito, que prontamente foi até Graciliano reclamar da situação e dizer que, se o irmão

²⁵ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **O princípio da impessoalidade nas licitações**. Maceió: Edufal, 2005, p. 43.

²⁶ MORAES, Dênis de. **O velho Graça**. Uma bibliografia de Graciliano Ramos. Edição revisada e ampliada. São Paulo: Boitempo Editorial, 2012, p. 64.

saísse, ele sairia também. O escritor não se abalou. Peremptório, continuou a governar sem vice-prefeito”.²⁷

Como não poderia ser diferente para aqueles que impõem o cumprimento irrestrito da lei, o escritor prefeito contrariou muitos interesses enquanto exerceu seu mandato. Até mesmo seu pai não foi poupado. Neste sentido, há um episódio que ficou conhecido por traduzir com perfeição o estilo de administrar de Graciliano: após determinar a limpeza de ruas e logradouros, o recolhimento dos animais que ficavam soltos nas vias públicas e a imposição de multa para aqueles que reincidissem, ficou sabendo que seu pai não acatara a ordem. Na mesma hora, mandou multá-lo. Magoado, seu pai o procurou, mas teve que ouvir uma admoestação: “Prefeito não tem pai. Eu posso pagar sua multa. Mas terei que apreender seus animais toda vez que o senhor os deixar na rua”.²⁸

Em seu relatório ao Governador do Estado, destacou: “Procurei sempre os caminhos mais curtos. Nas estradas que se abrem só há curvas onde as retas foram inteiramente impossíveis”. Ao contrário do que se possa supor de alguém que seja conhecido por ser severo, rígido e austero, o prefeito Graciliano Ramos não era um aficionado pelas exigências burocráticas, nem tampouco alguém que tinha obsessão pelo cumprimento insano das normas jurídicas. Ao confessar que sempre procurara os “caminhos mais curtos”, destaca sua objetividade de caráter, seu pragmatismo. Todavia, rende-se à realidade: a impossibilidade de seguir retas, já que estas inexistiam. Na Administração Pública, as dificuldades para realização do interesse da coletividade estão sempre presentes, ainda que as condições sejam mais favoráveis que aquelas encontradas pelo prefeito escritor.

No serviço público, se as “retas” são “inteiramente impossíveis”, isto ocorre geralmente porque há interesses consagrados no ordenamento jurídico que devem ser prestigiados. Por exemplo, se não é possível o administrador público escolher rapidamente aqueles que serão contratados pelo Estado, tendo que realizar um procedimento licitatório, isto se deve diante da necessidade de garantir a isonomia e a impessoalidade na escolha.

O mesmo se diga em relação ao concurso público, que ao invés de ser considerado um entrave ao imediato provimento da maior parte dos cargos públicos, trata-se de uma garantia da sociedade para que todos tenham igualdade de oportunidades e para que os servidores sejam selecionados a partir do mérito.

Todavia, se por exigências republicanas e democráticas não é possível alcançar o interesse público seguindo por retas, não se pode tolerar que os administradores públicos trilhem os caminhos mais longos, já que a população tem direito à boa administração,²⁹ o que exige empenho daqueles que gerem o interesse

²⁷ Trecho retirado da reportagem **Graciliano Ramos, o político**: ordem na literatura e na administração. Publicada no Caderno Prosa do jornal O Globo, em 01 de julho de 2013.

²⁸ MORAES, Dênis de. **O velho Graça**. Uma bibliografia de Graciliano Ramos. Edição revisada e ampliada. São Paulo: Boitempo Editorial, 2012, p. 65.

²⁹ É célebre a sentença que diz que “*Justiça que tarda não é justiça*”. Da mesma forma, pode-se afirmar que “*Administração que tarda não administra*”, o que se pode vislumbrar em questões diversas, como as de saúde pública, onde a falta de celeridade da atuação administrativa pode gerar situações de calamidade pública e comprometer a vida de milhares de pessoas.

coletivo. Neste contexto, que se faça como Graciliano Ramos: deve se procurar seguir sempre pelos caminhos mais curtos, o que exige criatividade, inteligência e comprometimento, sem que sejam desprezados valores como a ética e a responsabilidade. Em outro trecho do relatório, destaca:

Evitei emaranhar-me em teias de aranha. Certos indivíduos, não sei por que, imaginam que devem ser consultados; outros se julgam autoridade bastante para dizer aos contribuintes que não paguem impostos. Não me entendi com esses.

Há quem ache tudo ruim, e ria constringidamente, e escreva cartas anônimas, e adoça, e se morda por não ver a infalível maroteirazinha, a abençoada canalhice, preciosa para quem a pratica, mais preciosa ainda para os que dela se servem como assunto invariável; há quem não compreenda que um acto administrativo seja isento de lucro pessoal; há até quem pretenda embaraçar-me em coisas tão simples como mandar quebrar as pedras dos caminhos. Fechei os ouvidos, deixei gritarem, arrecadei 1:325\$500 de multas.

Não favoreci ninguém. Devo ter cometido numerosos disparates. Todos os meus erros, porém, foram da inteligência, que é fraca. Perdi vários amigos, ou indivíduos que possam ter semelhante nome. Não me fizeram falta. Há descontentamento. Se a minha estada na Prefeitura por estes dois anos dependesse de um plebiscito, talvez eu não obtivesse dez votos.

O prefeito Graciliano Ramos conclui seu primeiro relatório de forma contundente: apesar das inúmeras realizações em prol da sociedade palmeirense, sua gestão agradou a poucos. Isto, evidentemente, não causa surpresa alguma, posto que em uma sociedade tão afeita às práticas patrimonialistas e com pessoas tão acostumadas a receber do Estado um tratamento personalizado, o descontentamento pela adoção de posturas impessoais e austeras seria algo já esperado. Neste contexto, o antropólogo Roberto DaMatta afirma que “não é por acaso que os brasileiros no exterior sentem “saudades”, ou seja, vem a descobrir a terrível nostalgia do estado de solidão, quando se situam diante de um mundo impessoal”.³⁰ O historiador Sérgio Buarque de Holanda também registrou que a cordialidade dos brasileiros, que é tão alardeada como algo positivo, também apresenta outros aspectos. No caso, trata-se de uma máscara, que permite que o indivíduo possa manter sua supremacia ante o social.³¹ Em outras palavras, o brasileiro tem uma enorme dificuldade em encontrar satisfação em algo que “apenas” satisfaça o interesse coletivo.

Graciliano Ramos fora um bom gestor? Para a maioria dos habitantes de Palmeira dos Índios de 1928, que como o brasileiro descrito por Sérgio Buarque de Holanda não conseguia visualizar o “coletivo”, as vantagens de uma gestão moralizadora, é provável que não, daí a afirmação de que não teria sequer dez votos em um plebiscito. Sobre isto:

Não soa despropositado, afinal, que, depois de tanta austeridade e aversão à politicagem reinante à época, o “Velho Graça” tenha apresentado sua

³⁰ DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis**. Para uma sociologia do dilema brasileiro. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 243.

³¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 147.

carta de renúncia ao Governador antes do fim de seu mandato: suas ideias eram muito avançadas para aplicação naqueles tempos – quiçá, mesmo hoje se tenha dificuldade de vivenciá-las na Administração Pública brasileira, para desconsolo das muitas vidas secas a ela confiadas...³²

Conforme já anunciava, após o segundo ano do mandato, Graciliano renunciou ao cargo de Prefeito. No caso dele, que sequer queria ser prefeito, que não queria ser reeleito e que sequer sabia se iria concluir o mandato, há um caso raríssimo de desapego ao poder. A partir das mais diferentes medidas, a sociedade brasileira deve mirar neste exemplo e estimular que mais gracilianos aceitem participar da vida pública.

6 PUBLICIDADE: PRESTÍGIO À TRANSPARÊNCIA

O gestor público Graciliano Ramos sempre cultivou o costume de redigir relatórios, dando publicidade às atividades que exercia, prestando contas dos recursos que geria e tornando transparentes suas condutas enquanto homem público. De uma forma geral, relatório, na definição do dicionário Aurélio, “significa uma exposição escrita em que se descrevem todos os fatos (...)”. No caso dos relatórios administrativos ou de gestão no âmbito da Administração Pública, é o instrumento que apresenta ao público e, em particular aos órgãos de hierarquia superior ou de controle, as ações desenvolvidas por determinado órgão ou entidade. Em um relatório de gestão, haverá sempre os seguintes elementos: aquele que relata (no caso, o órgão responsável pelas ações), aquele para quem se relata (em geral, o público ou uma autoridade ou órgão de controle), as atividades realizadas (objeto do relatório) e a linguagem adotada.

O grande mérito a ser atribuído a Graciliano Ramos enquanto gestor público não reside especificamente no fato de que o mesmo procurava ser transparente (embora isto também seja extremamente louvável). Na verdade, o que o homem público Graciliano Ramos tinha de único era seu estilo peculiar de administrar o interesse público, sem quaisquer ranços de um modelo patrimonialista que estava fortemente presente. Ademais, a grande contribuição dos relatórios não é exatamente o fato de eles existirem, mas o conteúdo que ele relatou à sociedade da época e o muito que ele ensina à sociedade de hoje.

Por sua vez, no tocante à linguagem dos relatórios, é importante sempre sublinhar que o texto há de ser compreensível, redigido em termos técnicos, mas que não sejam inacessíveis ao entendimento daqueles que o lerão.³³ Parece indiscutível o

³² MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. Administrando vidas secas: ensaio sobre os relatos de Graciliano Ramos em sua experiência como Prefeito de Palmeira dos Índios/AL, **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**, Vol. 6, No. 2, 2015, p. 11.

³³ Neste sentido, deve-se evitar: “uma forma específica de linguagem administrativa, o que coloquialmente e pejorativamente se chama burocratês. Este é antes uma distorção do que deve ser a redação oficial, e se caracteriza pelo abuso de expressões e clichês do jargão burocrático e de formas arcaicas de construção de frases. A redação oficial não é, portanto, necessariamente árida e infensa à evolução da língua. É que sua finalidade básica – comunicar com impessoalidade e máxima clareza –

fato de que Graciliano Ramos relatava suas atividades públicas não apenas por dever legal, para exercitar seu ofício de escritor ou por vaidade (no caso, por desejo de ter suas ações divulgadas e conhecidas por todos), mas porque considerava ser este o papel do gestor público, de alguém que precisa prestar contas do encargo que lhe foi confiado.

Acerca das características marcantes do texto, a professora Elizabeth Ramos ressaltou que “surpreende, ainda, o tom de denúncia observado em várias de suas afirmações, afastando o signatário da mera posição de ator político, fazendo com que o leitor o reconheça, acima de tudo, como um prefeito que não se exime da condição de cidadão”.³⁴

Muito mais que uma preciosidade literária e que um exemplo de cidadania, os Relatórios têm um pioneirismo no campo da gestão pública a ser destacado, sendo “um marco na história política nacional. Era a primeira vez que um gestor prestava contas de seus feitos e gastos na “máquina pública” de modo tão detalhado e translúcido e numa linguagem quase literária”.³⁵ De fato, “muitos escritores imprimiram a suas obras literárias conotações políticas. Graciliano Ramos (...) fez o caminho inverso: transformou a mais árida política em literatura. (...) Graciliano Ramos sentia-se um servidor público, nomeado pelo voto, para cumprir e fazer cumprir normas”.³⁶ E mais: “em uma época na qual a autoritária oligarquia, sem rebuços e desavergonhadamente, era dona do bem público e o distribuía a seus apaniguados, Graciliano destacou a cultura patrimonialista e fisiológica como problema maior das administrações públicas espalhadas por este imenso Brasil, e a combateu resolutamente”.³⁷

Apesar de proclamada em 1889, por seu conterrâneo Deodoro, Graciliano Ramos tinha clara noção de que a República, trinta anos depois daquela data, ainda não havia se instalado efetivamente no país, e muito menos no interior do Estado de Alagoas, onde as práticas patrimonialistas na Administração Pública permaneciam intocadas.

Como alguém que dominava a língua e a linguagem e que era consciente de seu papel enquanto representante da sociedade, Graciliano Ramos adotou uma linguagem acessível em seus Relatórios, o que veio a ser preconizado por leis brasileiras somente no século XXI:

impõe certos parâmetros ao uso que se faz da língua, de maneira diversa daquele da literatura, do texto jornalístico, da correspondência particular, etc.” (**Manual de Redação da Presidência da República**, 2. ed. revista e atualizada, Brasília, 2002).

³⁴ Trecho retirado do prefácio dos **Relatórios de Graciliano Ramos publicados no Diário Oficial**, elaborado por Elizabeth Ramos, Imprensa Oficial Graciliano Ramos, Maceió, 2013, p. 15.

³⁵ Retirado do texto **Política de Graça: um bom exemplo de político**, de autoria do jornalista Fernando Coelho, publicado no jornal *Gazeta de Alagoas*, no dia 12 de setembro de 2010.

³⁶ SUT, Helena. **Graciliano Ramos – nosso Velho Graça**, texto publicado em 25 de janeiro de 2005, no endereço eletrônico <http://www.recantodasletras.com.br/resenhas/2391>, acesso em 13 de julho de 2016.

³⁷ Retirado do artigo **O prefeito mestre Graciliano Ramos**, publicado em 01 de dezembro de 2015, no jornal *O Povo*, endereço eletrônico <http://www.opovo.com.br/app/opovo/opiniao/2015/12/01/noticiasjornalopiniao,3542260/o-prefeito-mestre-graciliano-ramos.shtml>, acesso em 13 de julho de 2016.

Por mais que se faça, nesse campo, em termos de legislação, conhecimento técnico, metodologias de gestão e tecnologia para processamento e disseminação de informações, se não existirem chefes de Poderes Executivos dotados da postura revelada por Graciliano Ramos no seu “Relatório”, não se avançará muito. É preciso falar a língua dos homens e não das máquinas e planilhas para governar de modo verdadeiramente democrático, sinceramente republicano.³⁸

É evidente que outro fator deve ser levado em consideração: a linguagem dos relatórios também era menos técnica porque inexistia na Prefeitura, à época de Graciliano Ramos, pessoal com habitação profissional (inclusive o próprio prefeito) para se utilizar de termos de contabilidade mais apurados. Por esta razão, há de se ponderar que devem ser lidos os relatórios redigidos por Graciliano “considerando-se a escassez dos recursos disponíveis para ele elaborar suas demonstrações, a falta de conhecimento teórico e prático sobre contabilidade, a falta de pessoal técnico para lhe ajudar a preparar os Relatórios”.³⁹

Ademais, Graciliano, em sua famosa prestação de contas ao Governador de Estado, se é verdade que redige textos que se afastam do tom oficial característico dos relatórios, é importante também deixar claro que “a contravenção não foi realizada pelo autor por ignorância às normas constitutivas do gênero dos textos oficiais, mas pela sua intenção em ampliar a mensagem e, desta forma, dizer muito além das palavras escritas e lidas”.⁴⁰ Como se vê, até as dificuldades foram contornadas pelo Velho Graça, que tornou seus relatos uma peça que ultrapassou os limites frios da contabilidade pública. E muito mais que isto: não seria exagero afirmar que a leitura dos relatórios de Graciliano Ramos deveria ser recomendada a todos os cidadãos brasileiros, em especial, os agentes públicos.⁴¹ Ademais, apesar de estes valiosos documentos serem levados em consideração pelo meio acadêmico de diversas áreas (literatura, comunicação, sociologia, gestão pública, contabilidade, etc.), seu estudo, até a presente data, foi totalmente negligenciado pelo meio jurídico. Neste sentido, não há dúvidas de que os relatórios podem fornecer uma relevante contribuição ao aperfeiçoamento do Direito Administrativo brasileiro.

³⁸ Trecho retirado da entrevista **O exemplo de Graciliano Ramos na Administração Pública**, com Marcos Lopes, da Revista Gestor, publicada em 17 de agosto de 2013, no site Transparência Orçamentária Municipal via internet, endereço eletrônico: <https://thetomweb.wordpress.com/2013/08/17/o-exemplo-de-graciliano-ramos-na-administracao-publica/>, acesso em 24 de dezembro de 2016.

³⁹ CRUZ, Vera Lúcia; LOPES, José Expedito de Gusmão; RIBEIRO FILHO, José Francisco; PEDERNEIRAS, Marcleide M. Macêdo. **Uma análise das práticas de evidencição contábil sob a ótica de Graciliano Ramos nos anos de 1928 e 1929**, Revista de Contabilidade e Controladoria, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 2, n.6, p.81-95, mai./ago., 2010.

⁴⁰ JACONI, Sônia. **Graciliano Ramos**: o prefeito escritor. São Paulo: LCTE Editora, 2013, p. 115.

⁴¹ Nunca é demais lembrar as lições magistrais do professor Celso Antônio Bandeira de Mello a respeito da noção de função pública: “Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que ela se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso da função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou não lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 69-70).

7 EFICIÊNCIA: DIREITO DO CIDADÃO, DEVER DA ADMINISTRAÇÃO

Para abordar a questão da eficiência, registre-se que há um trecho do relatório de Graciliano Ramos que destaca as ações no tocante à saúde (no relatório chamada “higiene”) e educação (denominada “instrução”): eis duas das prioridades eleitas e que efetivamente foram contempladas na prática pela gestão do prefeito escritor. Se isto já teria algum mérito hoje, quando o binômio saúde-educação representa quase como um jargão obrigatório das campanhas eleitorais para a Chefia dos Executivos Federal, Municipal e Estadual, em 1929, época em que o Poder Público (especialmente os municípios) pouco faziam nestas áreas, soava um tanto quanto revolucionário.

Nesse sentido, considerando-se que a Administração Pública, segundo Hely Lopes Meirelles, “é o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo”,⁴² a máquina administrativa no início do século XX ainda era muito incipiente no Brasil, já que este país ainda não havia atingido o estágio do Estado Social de Direito.⁴³

Assim, pode-se afirmar que “a presença da Administração Pública na vida dos cidadãos cresceu de tal modo, que se tornou usual afirmar, em todos os países que seguiram o sistema constitucional europeu, que deixou de existir atividade social, cujo exercício não se vinculasse, em maior ou menor grau, com o Direito Administrativo”.⁴⁴

Todavia, antes disto ocorrer, como era possível a colocação de questões como saúde e educação como prioritárias em um contexto marcado pela presença (ou seria ausência?) de um Estado de feição liberal? Certamente isto somente decorria devido à grande sensibilidade social que sempre caracterizou a vida (inclusive pública) do Mestre Graça, e a sua eficiência enquanto gestor público, que conseguiu superar as indiscutíveis dificuldades administrativas.

Nesse sentido, convém registrar que, à época de Graciliano Ramos prefeito, inexistia qualquer espécie de vinculação de despesa para as citadas áreas de saúde e educação,⁴⁵ como existe atualmente.⁴⁶ Ainda assim, a gestão do prefeito escritor

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 66.

⁴³ Esta mudança passa a ocorrer “a partir do fim do século XIX e início do XX, verificou-se de forma clara que o homem idealizado pelo liberalismo – cuja única necessidade era sua própria liberdade, suficiente para assegurar uma vida digna para si próprio e sua família – não existia mais. A garantia dos direitos individuais clássicos tornou-se insuficiente, na medida em que o Estado deixou de ser o único opressor. A lógica aleatória e impessoal do mercado capitalista livre era capaz de negar aos indivíduos bens absolutamente fundamentais, a despeito da liberdade garantida e do empenho destes em obtê-los” (BARCELLOS, Ana Paula. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 14)

⁴⁴ PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 41.

⁴⁵ Sobre tais vinculações, “são exceções ao princípio da não afetação, previsto no artigo 167, IV, da Constituição. Isso porque a regra é que o legislador orçamentário deva ter plena liberdade para dispor do orçamento como lhe aprouver, com verbas livres para custear o programa de governo para o qual foi

dedicou especial atenção a tais setores imprescindíveis à vida e ao desenvolvimento da sociedade.

No tocante à educação, ressalte-se que em uma época em que a taxa de analfabetismo no Brasil ultrapassava 65% (mais de 11 dos 17 milhões de brasileiros não eram alfabetizados), este percentual era muito maior nos estados nordestinos,⁴⁷ onde miséria superava em números e dramaticidade (devido à seca) aquela encontrada em outras regiões do país. Vale ainda lembrar que a atuação dos municípios na área de educação ainda muito embrionária, já que os Estados costumavam ser os maiores protagonistas nesta área. Neste quadro, assevere-se que:

eram poucos os municípios que possuíam grupos escolares nos anos de 1930 nas Alagoas. Do ponto de vista oficial, o sistema de criar grupos escolares foi adotado depois da Revolução de 1930, porém, na realidade, isto só existia nos decretos. Em Palmeira dos Índios, por exemplo, “havia um desses pessimamente instalado no prédio da prefeitura. Mobília nenhuma. Cada aluno levava a sua cadeira, cada professora adquiria uma banca”. (RAMOS, 1935, p. 13). Assim, primeiro era criado um grupo escolar na lei, depois, nomeava-se o corpo docente, para, então, procurar uma casa.⁴⁸

Mesmo no século XXI, apesar dos avanços em termos quantitativos, ainda existem muitas dificuldades no campo educacional. Segundo o IBGE, no ano 2000, “dos 5.507 municípios brasileiros apenas 19 asseguram à sua população uma escolarização média que corresponda ao ensino fundamental completo (oito séries concluídas)”.⁴⁹

eleito. Logo, a regra geral é a não afetação, com as exceções permitidas pela Constituição” (SCAFF, Fernando Facury. **Não é obrigado a gastar**: vinculações orçamentárias e gastos obrigatórios. Artigo publicado no site Consultor Jurídico, em 17 de maio de 2016, como endereço eletrônico <http://www.conjur.com.br/2016-mai-17/contas-vista-vinculacoes-orcamentarias-gastos-obrigatorios>, acesso em 21 de janeiro de 2017).

⁴⁶ Atualmente, desde a EC 29/2000, o art. 198, §2º, incisos I, II e III, da Constituição Federal, passou a definir que o gasto com saúde, em cada um dos entes federativos, precisa obedecer a determinados percentuais mínimos da receita líquida (no caso da União não será inferior a 15%). Por sua vez, com educação, o art. 212 da Constituição prevê um gasto mínimo de 25% das receitas tributárias de estados e municípios – incluídos os recursos recebidos por transferências entre governos – e de 18% dos impostos federais, já descontadas as transferências para estados e municípios.

⁴⁷ Neste contexto, sobre o Estado de Alagoas: “Em 1900, 81% da população era analfabeta; duas décadas depois, o censo demográfico de 1920 registrava que apenas 15% dos alagoanos “sabiam ler e escrever”. Em 1930, para uma população de 200 mil crianças, a rede de ensino tinha 19.737 alunos matriculados em 434 escolas” (CARVALHO, Cícero Péricles. **Formação histórica de Alagoas**. 3. ed. Maceió: Edufal, 2015, p. 251).

⁴⁸ SANTOS, Aline da Silva. **Graciliano Ramos**: literato e gestor – contribuições à educação alagoana (1920-1940). Trabalho de Conclusão de Curso apresentado por Aline da Silva Santos, no curso de graduação em Pedagogia da Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2013, p. 38, disponível no endereço eletrônico <http://www.cedu.ufal.br/grupopesquisa/gepheel/gracilianoramos.pdf>, com acesso em 03 de fevereiro de 2017.

⁴⁹ Trecho retirado do estudo **Mapa do analfabetismo no Brasil**, publicado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, de autoria de José Marcelino de Rezende Pinto, Liliâne Lúcia Nunes de Aranha Oliveira Brant, Carlos Eduardo Moreno Sampaio e Ana Roberta Pati Pascom, 2003, p. 11.

Ao afirmar, em relação às escolas, que “esses estabelecimentos são de eficiência contestável”, o prefeito Graciliano Ramos já tinha um perfeito diagnóstico da triste realidade da instrução pública em Palmeira dos Índios de 1929.⁵⁰ Por sua vez, quando se lê no relatório que “as aspirantes a professoras revelaram, com admirável unanimidade, uma lastimosa ignorância”, a sinceridade ácida de Graciliano Ramos aflora, mas não em tom de crítica às professoras, verdadeiras vítimas de um sistema educacional deficiente. O que o prefeito escritor queria mesmo era denunciar ao Governador do Estado e a toda a sociedade algoano a precariedade da formação dos professores de seu município, tarefa tão bem executada que fez com que fosse convidado, anos depois, para ser o Diretor da Instrução Pública Estadual (cargo equivalente ao de Secretário Estadual de Educação).

Dentre as iniciativas de Graciliano no campo da instrução, destaca-se a abertura de três novas escolas em regiões mais periféricas do município (“três aldeias”), o que demonstra a preocupação em descentralizar as ações administrativas da Prefeitura e em atender os municípios mais esquecidos pelo Poder Público.

Realista antes de tudo, ao invés de relatar, com estrelismo, as atividades da Prefeitura de modo a parecer que o mesmo realizara grandes feitos, preferira a sinceridade, o que se verifica claramente quando afirma: “não creio que os alunos aprendam ali grande coisa. Obterão, contudo, a habilidade precisa para ler jornais e almanaques, discutir política e decorar sonetos, passatempos acessíveis a quase todos os roceiros”.

Nesse trecho, além de atender aos reclamos da transparência administrativa, Graciliano demonstra ainda compreender que, em geral, na administração pública, a eficiência se alcança a partir de pequenos avanços perseguidos com responsabilidade e com os pés no chão (especialmente diante das dificuldades financeiras). E ainda: tais pequenos avanços são preferíveis a ações imponentes e grandiosas sem qualquer eficácia.⁵¹

Por sua vez, no tocante à saúde, o Prefeito Graciliano enfrentava provavelmente uma situação mais dramática que em relação à educação. Neste sentido, segundo a Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, “da instalação da colônia até a década de 1930, as ações eram desenvolvidas sem significativa

⁵⁰ Já foi observado que “nesse período, muitos professores eram apenas nomeados para o cargo por políticos no estado de Alagoas, o que significava não haver concurso para o ingresso na carreira. Esse fato pode ser observado na crônica “Teatro I”, na qual as instituições de ensino eram vistas como prejudiciais, no entanto [...] “Havia algumas, é certo para dar emprego às filhas dos Prefeitos, mas estas não forneciam aos alunos conhecimentos” (RAMOS, 1992, p. 50)” (SANTOS, Aline da Silva. Op. cit., p. 31)

⁵¹ Quanto à distinção entre eficiência e eficácia, vale registrar que no campo de ciência da Administração, “De um modo geral trabalhar com eficiência, significa medir qual o tempo, esforço e custo são utilizados para se realizar uma determinada tarefa, preocupando-se em realizar corretamente as ações e atividades propostas da melhor forma possível, enquanto trabalhar com eficácia é produzir com ênfase em alcançar o resultado esperado”. Trecho retirado do artigo **A importância da eficiência e da eficácia na gestão pública**, publicado em 15.04.2014 no site Portal Educação, com endereço eletrônico <https://www.portaleducacao.com.br/educacao/artigos/55602/a-importancia-da-eficiencia-e-eficacia-na-gestao-publica>, com acesso em 23 de janeiro de 2017.

organização institucional”.⁵² Convém ainda se fazer o registro histórico de que algo que hoje chega a parecer difícil de acreditar: o Ministério da Saúde somente foi criado no Brasil em 1953, e até então vinculado ao Ministério da Educação.⁵³ Ademais, “até o início do século XX a saúde no Brasil era ofertada apenas aos cidadãos que poderiam pagar ou faziam parte de classes trabalhistas organizadas, os demais eram atendidos em instituições de caridade ou ficavam sem atendimento, participando apenas das ações de políticas sanitária do modelo Sanitarismo Campanhista”.⁵⁴

Ao quadro de abandono descrito devem ser somadas a insignificante atuação dos municípios brasileiros em ações de saúde na primeira metade do século XX e a lastimável situação das finanças herdadas pela gestão de Graciliano Ramos em Palmeira dos Índios.

Mesmo diante de tantas adversidades, com as iniciativas propostas por Graciliano, este afirma, sem empolgação, que “O estado sanitário é bom. O posto de higiene, instalado em 1928, presta serviços consideráveis à população. Cães, porcos e outros bichos incômodos não tornaram a aparecer nas ruas. A cidade está limpa”. Em tais medidas, ao adotar ações simples, porém eficazes, vê-se que o prefeito de Palmeira dos Índios não queria inventar a roda ou mesmo fazer pirotecnia, algo muito comum nos tempos modernos. Sabia que o grau de eficiência administrativa que se podia alcançar não era alto, mas teria que ser esforçar ao máximo para oferecer à sociedade o que lhe fosse mais proveitoso. Ao deixar o posto de higiene (de saúde) em condições de prestar serviços consideráveis à população, garantiu o mínimo de dignidade a uma população acostumada ao abandono.

Por sua vez, ao afirmar que a cidade estava limpa, declarou sua grande preocupação com as condições de higiene do espaço público, até então, terra de ninguém. Como já destacado na análise do primeiro relatório, o gestor Graciliano Ramos sempre valorizou as ações preventivas de saúde pública, mesmo que para tanto, tivesse que enfrentar uma grande resistência, inclusive cultural, da sociedade palmeirense.

⁵² Trecho retirado do texto **Cronologia Histórica da Saúde Pública**. Uma Visão Histórica da Saúde Brasileira, publicado no site da Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, com endereço eletrônico em <http://www.funasa.gov.br/site/museu-da-funasa/cronologia-historica-da-saude-publica/>, acesso em 25 de janeiro de 2017.

⁵³ Neste sentido: “O primeiro Ministério com ações na área da saúde foi criado em 1930, durante o governo de Getúlio Vargas, com o nome de Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública. Em 1937 passou a se chamar Ministério da Educação e Saúde. Em 25 de julho de 1953 foi definido como Ministério da Saúde”. Trecho retirado do site wikipedia na busca **Ministério da Saúde no Brasil**, com endereço eletrônico [https://pt.wikipedia.org/wiki/Minist%C3%A9rio_da_Sa%C3%BAde_\(Brasil\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Minist%C3%A9rio_da_Sa%C3%BAde_(Brasil)), acesso em 25 de janeiro de 2017.

⁵⁴ Trecho retirado da reportagem **Evolução da saúde no Brasil até os dias atuais**, publicado em 17.08.2012 no site do Consórcio Intermunicipal de Saúde do Vale do Rio Taquari – RS, com endereço eletrônico <http://www.consisavrt.com.br/noticias/evolucao-da-saude-no-brasil-ate-os-dias-atuais>, acesso em 25 de janeiro de 2017.

8 INTERESSE PÚBLICO

Pouca gente sabe, mais um dos cargos espinhosos⁵⁵ que Graciliano Ramos ocupou, assim como provavelmente aquele que mais desafios lhe impôs, foi o de Secretário Estadual da Educação, ou, para ser mais preciso, Diretor da Instrução Pública Estadual.

Na Pasta encarregada pela educação em Alagoas, Graciliano, em apenas três anos (1933-1936), “promoveu profundas mudanças: tornou transparentes as licitações; distribuiu uniformes e materiais escolares; instituiu a merenda na rede; construiu escolas em zonas carentes; proibiu pistolões políticos nas nomeações de professores; reduziu os índices de evasão; e mais do que duplicou as matrículas na rede”.⁵⁶ Sobre a gestão de Graciliano Ramos como Diretor da Instrução Pública do Estado de Alagoas, o historiador alagoano Moacir Sant’ana destaca:

A gestão de Graciliano enquanto diretor da Instrução Pública alagoana pautou-se pelo aumento do número de alunos na escola (acréscimo de 87,3%), pela construção de novas escolas e consequente expansão do ensino, pelo aperfeiçoamento do processo seletivo dos docentes, pela oferta de tecidos e calçados aos alunos, entre outros triunfos pedagógico-administrativos. Diante de tais conquistas, o *Jornal de Alagoas*, em editorial de 13 de dezembro de 1935, descreve o Sr. Graciliano Ramos como um técnico no assunto: “Trabalhador compenetrado de seus deveres, decidido nas suas determinações, a sua obra, na Instrução Pública, dia a dia impõe-se ao respeito da coletividade”.⁵⁷

O professor de sociologia do Direito da UFPE Luciano Oliveira expõe algumas medidas administrativas realizadas pelo então Diretor da Instrução Pública, dentre as quais chama a atenção a exoneração de sua própria irmã por não estar habilitada para o ofício:

como diretor da Instrução Pública, Graciliano elaborou um plano para melhoria do ensino primário que incluía medidas como a exigência de diploma para as professoras e a realização de concurso para o preenchimento dos cargos. E, como consequência dessas medidas, a demissão das professoras primárias interinas, a maioria sem habilitação para o ofício e geralmente contratadas por indicação de padrinhos políticos. Pois bem: como parte das medidas em curso, Graciliano assinou ato exonerando 66 professoras, entre as

⁵⁵ Neste sentido, “nos dois anos anteriores, oito pessoas haviam passado pelo cargo. Graciliano também se espantava de ter aguentado ali mais de três anos, contra a iniquidade, o pistolão, a impotência em meio à rotina”. In: LEBENSZTAYN, Ieda. **Graciliano Ramos e a Novidade**. O astrônomo do inferno e os meninos impossíveis. São Paulo: Ecidade, 2010, p. 116.

⁵⁶ Trecho retirado do texto **Graciliano Ramos, um gestor para os pobres**, de autoria de Dênis de Moraes, publicado em Prosa, blog literário do Globo em 05.07.2013, com endereço eletrônico <http://blogs.oglobo.globo.com/prosa/post/graciliano-ramos-um-gestor-para-os-pobres-502436.html>, com acesso em 28 de janeiro de 2017.

⁵⁷ SANT’ANA, Moacir Medeiros de. **Graciliano**: vida e obra. Maceió: Secom, 1992, p. 53, *apud* *Conversas Graciliano Ramos*. In: LEBENSZTAYN, Ieda; SALLA, Thiago Mío (orgs.). Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 232.

quais sua própria irmã, Marilí Ramos, então lecionando num povoado perto de Palmeira dos Índios.⁵⁸

O próprio filho de Graciliano, o escritor Ricardo Ramos, esclarece algumas de suas principais medidas: “Em muitas ocasiões se referia ao seu tempo alagoano de Diretor da Instrução Pública, função correspondente ao de Secretário da Educação. A merenda escolar, a criação de uma escola profissional feminina, o concurso obrigatório para as professoras do ensino primário. Tudo isso eram novidades e saneamentos”.⁵⁹

Apesar do relativo prestígio que alcançou como Prefeito de Palmeira dos Índios (muito por conta dos relatórios publicados em vários jornais do país na época), parece que nenhum outro cargo público permitiu a Graciliano Ramos exercer tão intensamente sua dimensão social e cidadã. Além de se tratar de um órgão público de atuação estadual (o que superaria, em número de pessoas afetadas por suas ações, a Prefeitura que ocupara), a Pasta da Educação, em um Estado tão excludente como Alagoas (inclusive até hoje), era de extrema relevância social. E Graciliano tinha a perfeita compreensão disto tudo e se empenhou ao máximo para mudar aquela triste realidade.

Diante de tantas adversidades, levava tão a sério sua missão que fazia visitas surpresas às escolas e sabatinava os professores, algo impensável nos dias de hoje. Em outras palavras, “ele foi um secretário revolucionário, redirecionando os investimentos para os bairros pobres e municípios carentes”.⁶⁰ Neste contexto, algumas de suas ações demonstram seu compromisso com o interesse público:

A merenda lhe rendera um bate-boca desagradável com o comandante da guarnição militar, que incluía meninos de grupo no desfile de Sete de Setembro. “Criança não é soldado. Eles só marcham se comerem antes e depois, se estiverem calçados e vestidos. Não vou deixar ninguém desmaiado pelo caminho”. Dito e feito, acompanhou pessoalmente a meninada, uma ambulância de garantia fechando o cortejo. A escola profissional, bem recebida, não deu cuidados. Mas o concurso das professoras, “na maioria analfabetas”, levantou celeuma, gerou pistolões, pressões, alcançou o plano das ameaças. Morte matada era, ou sempre foi, coisa corriqueira. E ele duro, cumpra-se. Não escapou da prova nem minha tia avó. (...) Hoje, quando a merenda escolar é iniciativa de tanto, penso em Graciliano, Alagoas, 1935. Naturalmente a comida era pouca, irregular, não atendia às suas aspirações. Isso reforça o pioneirismo, sempre um esboço a preencher.⁶¹

Sobre o perfil do Diretor da Instrução Pública no início dos anos 1930:

⁵⁸ Trecho retirado do artigo **Graciliano Ramos**, sem caixa dois, de autoria de Luciano Oliveira, publicado no Suplemento Cultural do Diário Oficial de Pernambuco em setembro de 2005, obtido no endereço eletrônico <http://www.acesa.com/gramsci/?page=visualizar&id=425>, acesso em 24 de dezembro de 2016.

⁵⁹ RAMOS, Ricardo. **Graciliano retrato fragmentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Globo, 2011, p. 71.

⁶⁰ Trecho retirado da reportagem **Graciliano Ramos, o político**: ordem na literatura e na administração, publicada no Caderno Prosa do jornal O Globo, em 01 de julho de 2013.

⁶¹ RAMOS, Ricardo. **Graciliano retrato fragmentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Globo, 2011, p. 71-72.

Assim que foi empossado para cuidar da Educação de Alagoas, ele quis ir à periferia. Escolheu, então, o bairro mais pobre de Maceió e encontrou uma escola completamente às moscas porque os alunos eram muito pobres, não tinham dinheiro para comprar uniformes e sapatos, e havia um regimento que impedia que a escola funcionasse com alunos sem uniforme. Aí ele foi a uma loja de tecidos, a uma sapataria e costureiras. Disse, em todos os casos, que não tinha dinheiro para pagar naquele momento pelos serviços, mas que precisava de ajuda e que pagaria assim que pudesse. Depois ele voltou pessoalmente à escola com os embrulhos para dar para os alunos. E, mais adiante, mandou pagar a loja de tecidos, as costureiras e a sapataria.⁶²

Todos estes acontecimentos somente demonstram o quão revolucionário foi o secretário de Educação de Alagoas, ao tentar renovar os arraigados padrões estabelecidos. E, apesar de ter atendido ou até mesmo superado às expectativas daqueles que estavam envolvidos com a educação,⁶³ infelizmente, em um ambiente tão hostil e avesso a novidades que contemplassem a população mais necessitada, teve que pagar um alto preço por este comportamento tão pouco habitual. Neste sentido, convém destacar que a postura de Graciliano Ramos incomodava os poderosos e aqueles que não queriam mudanças:

Graciliano tomou algumas iniciativas que desagradaram a muita gente. Primeiramente manda distribuir comida, roupas, sapatos e material escolar, gratuitamente, às crianças pobres da rede oficial. Contrapõe-se ao interventor, que queria a todo custo abrir escolas a torto e direito, certamente a fim de expandir não o ensino, mas a clientela eleitoral, os pistolões, o favoritismo. Trata de efetivar as professoras da zona rural, consideradas matutas e ignorantes pelas normalistas da capital, com o que exacerba ódios e ressentimentos.⁶⁴

Nesse sentido, Graciliano chegou a considerar que teria sido esta a verdadeira causa de sua prisão: fora considerado subversivo por causa de sua conduta inovadora. Ele próprio, em carta redigida (mas não entregue) ao então Presidente da República Getúlio Vargas, confessara:

Ignoro as razões por que me tornei indesejável na minha terra. Acho, porém, que lá cometi um erro: encontrei 20 mil crianças nas escolas e em três anos coloquei nelas 50 mil, o que produziu celeuma. Os professores ficaram descontentes, creio eu. E o pior é que se matricularam nos grupos da capital muitos negrinhos. Não sei bem se pratiquei outras iniquidades. É possível.

⁶² Trecho retirado da reportagem **Graciliano Ramos, o político**: ordem na literatura e na administração, publicada no Caderno Prosa do jornal O Globo, em 01 de julho de 2013.

⁶³ Na pesquisa de Aline da Silva Santos, foram encontrados discursos proferidos por professoras, que circulou na imprensa alagoana, por ocasião do final do ano letivo, onde se verifica a visão positiva que possuíam em relação à administração de Graciliano Ramos. (SANTOS, Aline da Silva. *Op. cit.*, p. 47).

⁶⁴ FACIOLI, Valentim. Um homem bruto da terra. In: GARBUGLIO, José Carlos; BOSI, Alfredo; FACIOLI, Valentim. **Graciliano Ramos**. São Paulo: Editora Ática, 1987, p. 52.

Afinal o prejuízo foi pequeno, e lá naturalmente acharam meio de restabelecer a ordem.⁶⁵

Em todos os casos, o que se verifica é a adoção, ainda que à época sem qualquer cogitação de natureza teórica, do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, que hoje tantos tentam aniquilar, ainda que, para isto, usem o discurso da relativização. Neste contexto, no direito administrativo brasileiro, prevalece o entendimento que o citado princípio “trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade dos interesses da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento esse último”.⁶⁶

Todavia, na atualidade, está cada vez mais em evidência a alegada “crise do Direito Administrativo”, que tem levado a questionamentos de parcela da doutrina sobre os fundamentos tradicionais deste ramo do direito (supremacia do interesse público sobre o privado, indisponibilidade do interesse público), especialmente com a utilização do discurso da eficiência e o objetivo (mais ou menos revelado) de supressão de mecanismos de controle. Assim, nos últimos tempos, vários administrativistas, como Marçal Justen Filho, têm destacado que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não é absoluto, nem tampouco seguro, sob o ponto de vista da clareza em sua aplicação:

o critério da supremacia do interesse público apresenta utilidade reduzida, uma vez que não há um interesse único a ser reputado como supremo. O critério da supremacia do interesse público não permite resolver de modo satisfatório os conflitos, nem fornecer um fundamento consistente para as decisões administrativas. Mas ainda, a determinação do interesse a prevalecer e a extensão dessa prevalência dependem sempre da avaliação do caso concreto. Trata-se de uma questão de ponderação entre princípios e regras.⁶⁷

Embora as considerações deste grupo de juristas sejam bem fundamentadas, já que ressaltam a necessidade de razoabilidade na aplicação da lei, e que, de fato, a simples evocação do interesse público não tem o condão de, por si só, conferir à Administração Pública posição de superioridade diante de qualquer situação em que esta se relacione com os particulares, havendo sempre a necessidade de que a lei disponha neste sentido, não se olvidar que:

as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, tem o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muito tempo) e o individualismo que tomou conta dos vários

⁶⁵ MORAES, Dênis de. **O velho Graça**. Uma bibliografia de Graciliano Ramos. Edição revisada e ampliada. São Paulo: Boitempo Editorial, 2012, p. 172.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 45.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 145.

setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a ideia do homem com fim único do direito (próprio do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos tem supremacia sobre os individuais.⁶⁸

Ademais, como destaca o próprio Celso Antônio Bandeira de Mello, ao se referir às prerrogativas da Administração Pública, estas “de modo algum autorizariam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. É que a Administração exerce função: a função administrativa”, e tal função, segundo o professor paulista, é aquela que tem como finalidade “satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade”.⁶⁹ Assim, entende-se aqui que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não significa nem o aniquilamento do interesse individual, nem tampouco a possibilidade de a Administração Pública desconsiderar a existência de tais direitos subjetivos.

Na verdade, o que o citado princípio pretende ressaltar é a proeminência dos interesses da coletividade em relação aos interesses particulares, o que deve ser levado em consideração pelo legislador quando da criação das leis, e uma vez autorizadas por estas, pela Administração Pública, sempre precise interpretar ou mesmo aplicar as normas legais.

Embora exista uma premente necessidade de abertura do Direito Administrativo para a consolidação de valores democráticos (motivação, participação popular, transparência, legitimidade) e de redução de entraves burocráticos que comprometem as finalidades (e a funcionalidade) da Administração Pública, deve-se estar ciente que este movimento de “fuga do Direito Administrativo”, com a cada vez maior aproximação dos institutos tradicionais do Direito Privado (autonomia da vontade, igualdade entre as partes), é uma tendência que recebe os influxos de inspiração neoliberal, onde os interesses individuais estão no centro das preocupações. Desta tensão poderá surgir um novo Direito Administrativo, que avance em alguns pontos, mas não retroceda em outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se pode verificar nas páginas anteriores, a partir da apreciação do perfil e do conhecimento das condutas perpetradas por Graciliano Ramos enquanto gestor público, o leitor do presente trabalho é conduzido a duas possíveis conclusões: primeiramente, de que o famoso escritor, quando esteve exercendo cargos públicos, não fez de extraordinário ou que supere o que se espera de um agente público que se comporta de acordo com as normas preconizadas pelo ordenamento jurídico.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 82-83.

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 61.

Esta análise, se considerada a partir de um posto de vista meramente pragmático (ou jurídico-formalista), não se afasta completamente da coerência, já que Graciliano Ramos reunia as características que todo administrador público deve necessariamente ter: probidade, austeridade, ética, transparência, impessoalidade, busca pela eficiência, caráter inovador, e, especialmente, compromisso inarredável com o interesse público.

Entretanto, a partir de uma ótica realista, que leve em consideração as circunstâncias sociais, históricas, políticas e administrativas que envolvem a administração pública no Brasil (como é o caso da tradição patrimonialista), é inegável o quão diferenciado era Graciliano Ramos enquanto gestor público, mormente quando comparado aos que o antecederam, aos seus contemporâneos e aos que o sucederam, inclusive os atuais.

Neste sentido, os relatórios de gestão do escritor alagoano fornecem ao leitor (estudantes, profissionais, servidores públicos, cidadãos) uma fonte inesgotável e valiosa de subsídios não somente à história e às letras, mais também ao direito, à ciência da administração e à política.

No caso, a compreensão e os estudos do direito administrativo nos dias de hoje, que enfatizam valores como legitimidade, eficiência, participação popular, motivação e transparência, podem buscar inspiração nas lições fornecidas pelos exemplos de um gestor público que, seja nada mais um reflexo perfeito do que as leis determinam (para os mais céticos) ou um modelo ideal de administrador diante de tanta mediocridade (para os mais entusiastas), conseguiu demonstrar que os princípios constitucionais da administração pública são vetores alcançáveis, ainda que isto se dê a um custo altíssimo.

Por fim, constata-se que a sociedade brasileira precisa resgatar seu passado. Olhar para trás não representa se aproximar ou retornar ao atraso, mas impulsionar as conquistas do presente, a partir da absorção das experiências de nossos antepassados, superando erros e dificuldades já enfrentadas. Pensar diferente é negar a possibilidade de um futuro mais promissor.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (org.).

Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARVALHO, Cícero Péricles. **Formação histórica de Alagoas**. 3. ed. Maceió: Edufal, 2015.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **O princípio da impessoalidade nas licitações**. Maceió: Edufal, 2005.

CRUZ, Vera Lúcia; LOPES, José Expedito, de Gusmão; RIBEIRO FILHO, José Francisco; PEDERNEIRAS, Marcleide M. Macêdo. Uma análise das práticas de evidenciação contábil sob a ótica de Graciliano Ramos nos anos de 1928 e 1929, **Revista de Contabilidade e Controladoria**, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 2, n.6, p.81-95, mai./ago., 2010.

DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis**. Para uma sociologia do dilema brasileiro. 6. ed. Rio de Janeiro, Rocco, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FACIOLI, Valentim. Um homem bruto da terra. *In*: GARBUGLIO, José Carlos; BOSI, Alfredo; FACIOLI, Valentim. **Graciliano Ramos**. São Paulo: Editora Ática, 1987.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Formação do patronato político brasileiro. Vol. 1. 11. ed. São Paulo: Editora Globo, 1997.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JACONI, Sônia. **Graciliano Ramos: o prefeito escritor**. São Paulo: LCTE Editora, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LEBENSTAYN, Ieda; SALLA, Thiago Mio. *In*: LEBENSTAYN, Ieda; SALLA, Thiago Mio (orgs.). **Conversas: Graciliano Ramos**. Rio de Janeiro: Record, 2014.

LEBENSZTAYN, Ieda. **Graciliano Ramos e a Novidade**. O astrônomo do inferno e os meninos impossíveis, São Paulo: Ecidade, 2010.

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. Administrando vidas secas: ensaio sobre os relatos de Graciliano Ramos em sua experiência como Prefeito de Palmeira dos Índios/AL. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**. Vol. 6, No. 2., 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Marcos Bernardes de. A genialidade de Pontes de Miranda. **Revista Getúlio**: Revista do GVlaw – Programa de Especialização e Educação Continuada da DIREITO GV. São Paulo, p. 44-48, mar. 2008.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Dênis de. **O velho Graça**. Uma bibliografia de Graciliano Ramos. Edição revisada e ampliada. São Paulo: Boitempo Editorial, 2012.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

RAMOS, Graciliano. **Angústia**. 67. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

RAMOS, Graciliano. **Auto-retrato aos 56 anos**. Texto disponível no site oficial do escritor Graciliano Ramos, com endereço eletrônico: <http://graciliano.com.br/site/autorretrato/>, acesso em 27 de janeiro de 2017.

RAMOS, Graciliano. **Memórias do Cárcere**. Rio de Janeiro: Record, 2008.

RAMOS, Graciliano. Relatório do Prefeito de Palmeira dos Índios ao Governador do Estado de Alagoas, referente ao ano de 1928, publicado no **Diário Oficial de Alagoas** em 24 de janeiro de 1929.

RAMOS, Ricardo. **Graciliano retrato fragmentado**. São Paulo: Editora Globo, 2011.

SANT´ANA, Moacir Medeiros de. **Graciliano**: vida e obra. Maceió: Secom, 1992.

SCAFF, Fernando Facury. **Não é obrigado a gastar**: vinculações orçamentárias e gastos obrigatórios. Artigo publicado no site Consultor Jurídico, em 17 de maio de 2016, como endereço eletrônico <http://www.conjur.com.br/2016-mai-17/contas-vista-vinculacoes-orcamentarias-gastos-obrigatorios>, acesso em 21 de janeiro de 2017.

SCHMIDT, Vinícius Pomar. Literatura para um ensino jurídico crítico. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4875, 5 nov. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53462>, acesso em 06 de janeiro de 2017.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMINI, Fábio Villani. **A trajetória de Graciliano Ramos e a multiplicidade de sentidos de “Memórias do Cárcere”**. Dissertação de Mestrado em Memória Social, ofertado pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), texto disponível no endereço eletrônico

<http://www.memoriasocial.pro.br/documentos/Disserta%C3%A7%C3%B5es/Diss299.pdf>, com acesso em 27 de janeiro de 2017.

SUT, Helena. **Graciliano Ramos** – nosso Velho Graça. Texto publicado em 25 de janeiro de 2005, no endereço eletrônico <http://www.recantodasletras.com.br/resenhas/2391>, acesso em 13 de julho de 2016.

TENÓRIO, Douglas Apratto. **A tragédia do populismo**. O impeachment de Muniz Falcão. 2. ed. Maceió: Edufal, 2007.

Recebido em 30.03.2017

Aceito em 08.05.2017

**MILITARES ANISTIADOS E SUA DISTINÇÃO:
A SUPRESSÃO DE DIREITOS DECORRENTE DA INTERPRETAÇÃO E
TRATAMENTO CONFERIDO PELO MINISTÉRIO DA DEFESA**

**MILITARY STAFF AMNESTIED AND THEIR DISTINCTION:
THE SUPPRESSION OF RIGHTS FROM THE INTERPRETATION AND
TREATMENT BY THE MINISTRY OF DEFENSE**

David Barbosa de Oliveira¹

Sumário: Considerações iniciais. 1 Abertura política controlada e seus reflexos sobre o militar anistiado. 2 O discurso da diferença entre os militares realizada pelo Ministério da Defesa. Considerações finais. Referências.

Resumo: Esse artigo almeja perceber as representações sobre anistia, assim como as disputas de poder e de sentido dos que militam na questão. Objetivamos com ele trazer a lume o tratamento diferenciado recebido pelos militares anistiados do Ministério da Defesa. O Ministério da Defesa interpreta que os militares anistiados devem se submeter a um regime jurídico específico e finda por suprimir direitos destes. Assim, utilizando pesquisa documental e metodologia eminentemente bibliográfica, buscamos expor como é construído, dentro do Estado, esse discurso, demonstrando a construção da distinção que suprime direitos, a dignidade dos anistiados e, por que não dizer, o próprio sentido da anistia.

Palavras-chave: Militar. Supressão de direitos. Anistia.

Abstract: This article aims to perceive the representations about amnesty, as well as the disputes of power and sense of those who plead for the matter. We aim to enlighten the differentiated treatment received by the military staff amnestied from the Ministry of Defense. The Ministry of Defense interprets that the military staff amnestied must submit to a specific legal regime which ends by suppressing their rights. Thus, it is used documentary research and an eminently bibliographical methodology, we seek to show how this discourse is constructed within the State, by demonstrating the construction of the distinction that suppresses rights, the dignity of those who were amnestied and, why not say, the very meaning of amnesty.

Keywords: Military. Rights suppression. Amnesty.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este texto é fruto de minha tese de doutorado, que tratou da disputa pelo sentido da anistia militar dentro e fora do Estado. Afora o que será posto nestas páginas, preocupamo-nos, na tese, em fazer constar o contexto histórico tanto da Lei de Anistia de 1979, ou seja, a ditadura militar, quanto à produção pelo regime de exceção de Leis extravagantes que suspenderam o ordenamento e criaram os “subversivos”. Analisamos ainda a disputa legislativa na produção do texto anistiantes, bem como a interferência militar na aprovação do texto das anistias que

¹ Doutor em Direito pela UFPE. Professor Adjunto I UFC. E-mail: dvdbarol@gmail.com

restaram sob sua influência, inclusive o da constituinte. Há também a análise do sentido de anistia construída pelos militares anistiados e pelos defensores do golpe civil-militar, bem como a prática, dentro do Estado, do discurso de ampliação dos direitos dos militares anistiados.

O trecho que destacamos para participar desta coletânea, contudo, refere-se ao tratamento diferenciado dispensado aos militares anistiados pelo Ministério da Defesa, vedando sua progressão ao oficialato e denegando direitos destes ao os retirar do Estatuto Militar. Além da explicação do direcionamento ideológico dos textos pelo Ministério da Defesa, via Consultoria Jurídica (CONJUR), da Advocacia Geral da União (AGU), a fim de distingui-los dos demais militares, buscaremos apor a representação dos militares anistiados ante esse *discrímen*, assim suas estratégias para alterar suas realidades sociais.

Metodologicamente, a tese se apoiou na análise de discurso, pelo viés da Análise de Discurso Crítica (ADC) de Norman Fairclough, contudo, nesse enxerto, utilizamos tão somente pesquisa documental e bibliográfica, buscando pôr em destaque o direcionamento ideológico dos textos. O *corpus* da pesquisa se consubstancia através de processos jurídicos e pareceres ministeriais.

Importa, por fim, dizer que esta pesquisa supre uma lacuna considerável na bibliografia nacional. Não há estudos, no campo jurídico, que tratem da anistia de militares, tampouco do tratamento diferenciado dispensado a esses pelo Ministério da Defesa. Ante isso, renova-se a importância do presente texto e de suas reflexões sobre as práticas discursivas, dentro e fora, do Estado na realização da justiça transicional brasileira.

1 ABERTURA POLÍTICA CONTROLADA E SEUS REFLEXOS SOBRE O MILITAR ANISTIADO

Ernesto Geisel, ex-presidente da Petrobrás, sucedendo Emílio Garrastazu Médici na Presidência da República, em 1974, prometeu uma distensão política lenta, segura e gradual. Segundo Teixeira, “Geisel, ao contrário da maioria de seus colegas, desde muito havia compreendido que a Ditadura Militar estava se exaurindo e, com isto, a unidade das Forças Armadas, pilastra fundamental para que o estopim do movimento em 1964 viesse à tona” (2001, p. 99). Além disso, Geisel, como Castello, além de ver a ditadura militar como uma intervenção temporária na sociedade brasileira, não tinha interesse na vinculação da imagem dos militares com atos ambiciosos que prevalecessem sobre as obrigações da carreira militar, ou mesmo aos atos de tortura, possuindo uma visão mais profissional da carreira militar. Com Geisel, estabelece-se um maior diálogo com a oposição, mas esse diálogo não seria travado em condições de igualdade de forças, já que a oposição possuía um papel secundário no sistema autoritário. Conforme Teixeira afirma, Geisel inicia a distensão do sistema sem “abdicar, em nenhum instante, das prerrogativas a que tinha direito, tais como AI-5 e a Lei de Segurança Nacional” (2001, p. 101). Destarte, os militares controlariam a transição, o que repercutiu na

Carta de 1988, na Anistia e em algumas prerrogativas mantidas até hoje (2001, p. 153). Também foi determinante, segundo Carvalho, para a reabertura, o fato de que,

[...] em 1973 tinha acontecido o primeiro choque do petróleo, isto é, um aumento brusco no preço do produto, promovido pela OPEP, a Organização dos Países Exportadores de Petróleo. A triplicação do preço atingiu o Brasil com muita força, pois 80% do consumo dependia do petróleo importado. (...) Os anos do “milagre” estavam contados e eram necessárias estratégias para enfrentar os tempos difíceis que se anunciavam. Nessa conjuntura, seria melhor para o governo e para os militares promover a redemocratização enquanto houvesse prosperidade econômica do que aguardar para fazê-lo em época de crise, quando os custos da manutenção do controle dos acontecimentos seriam muitos mais altos (2001, p. 174).

Dessa forma, Geisel recebeu o poder no final do milagre econômico, com retração dos investimentos e com uma inflação que começava a repercutir no dia a dia da população. Nas eleições de 1974, em decorrência do fim da censura prévia e do acesso à propaganda política na televisão, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), aglutinador de toda oposição ao regime, saiu vencedor com votação maciça, em especial, nos grandes centros urbanos. Conforme exprime Carvalho, com receio, entretanto, de nova “derrota e sob a pressão dos militares mais radicais, Geisel deu um passo atrás” (2001, p. 175) e, em 1977, diante da recusa do MDB em reformar o Judiciário, o Congresso mais uma vez foi fechado, sendo outorgado o “pacote de abril”. Esse “pacote”, dentre outras medidas, como a reforma do Judiciário, previa: evitar vitórias oposicionistas, garantindo a manutenção do poder por meio de eleições indiretas para governadores de Estado e de um terço do Senado; prorrogar o mandato de presidente para seis anos; limitar a propaganda eleitoral gratuita etc.

A conjuntura política e social, entretanto, já não acomodava passivamente mais medidas desse teor, evidenciando-se a oposição ao regime militar. A palavra de ordem era redemocratização. Geisel também preparou o espaço para seu sucessor, afastando Sylvio Frota, que o desafiava abertamente e firmava-se como candidato da linha dura, continuando a distensão e afastando novo endurecimento do regime. Segundo Carvalho, “em 1978, o Congresso votou o fim do AI-5, o fim da censura prévia no rádio e na televisão, e o restabelecimento do *habeas corpus* para crime políticos”. (2001, p. 176) No mesmo ano, João Figueiredo, ex-chefe do SNI, é indiretamente eleito presidente, governando com uma Constituição reformada, o que permitiu a extinção de todos os atos institucionais. No entanto, o Executivo, por meio das “salvaguardas” (podendo decretar estado de emergência e de sítio, sem a participação do legislativo), ainda era o árbitro supremo do País.

Em agosto de 1979, foi votada a Lei de Anistia, tão exigida pela oposição emedebista. O debate, nas casas legislativas federais, resumiu-se aos dois parágrafos, do art. 1º, do referido projeto que tratavam de crimes conexos e os crimes que se excetuavam da anistia: crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. O projeto de anistia apresentado pelo governo procurava claramente resguardar os seus interesses durante a transição do poder, buscando evitar qualquer posterior punição dos militares pelos excessos cometidos nos anos de exceção. A anistia ampla, geral e irrestrita, era limitada e específica, excluindo do

pretenso “esquecimento” as pessoas que tivessem praticado terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Para os militares, a anistia recíproca impediria o revanchismo.²

A Emenda Constitucional de 1969 alterou a iniciativa da lei de anistia do Congresso para o Executivo, de modo que os militares controlavam tanto a proposta como sua deliberação, pois tinham ampla maioria no Legislativo. O MDB tentou por várias formas alterar o projeto inicial, seja apresentando um substitutivo próprio, seja apoiando o projeto do arenista Djalma Maranhão, que anistiava todos, tanto “torturadores” quanto “terroristas”;³ entretanto, foi derrotado por uma diferença de quatro votos. Os militares, que desde Geisel controlavam a distensão, conseguiram aprovar a Anistia que queriam. Como se pode perceber, os militares possuíam o controle sobre a produção da Lei de Anistia, tanto por possuir a iniciativa da lei, quanto, em razão de, no processamento legislativo da Lei 6.683/79, a oposição política não possuir possibilidade real de alterar o resultado da votação, nem o conteúdo da Lei. O projeto de Geisel gerou resultados, os militares começavam a se retirar do poder, mas mantiveram influência e controle nas decisões políticas. Isso pode ser percebido, como já vimos, nas negociações da Lei 6683/79, na posse de José Sarney após a eleição e morte de Tancredo Neves, na emenda constitucional que chamou a Constituinte de 1987, na própria constituinte, nas prerrogativas conquistadas na Constituição de 1988 e, atualmente, na influência sobre o poder e na pressão que os militares exercem sobre os poderes civis.

Entre a promulgação da Lei de Anistia, em 1979, e a convocação da Assembleia Nacional Constituinte em 1985, ao lado do controle da transição realizada pelos militares, havia na sociedade uma rede de apoio às ideias castrenses. Assim, é certo que a redemocratização e a convocação da Assembleia Nacional Constituinte não eram consenso, possuindo críticos em vários setores da sociedade, inclusive na academia. Miguel Reale, por exemplo, defendia a ideia de que o que se pronunciava com a convocação da Assembleia Constituinte era um golpe branco do Legislativo sobre o Executivo e “um juízo condenatório de toda uma época histórica sobre a qual se pretendia arrogantemente passar uma esponja, repetindo-se o mesmo erro de 1946” (1983, p. 68). Para ele, em vez de uma Revolução Legislativa “soberana”, deveria ser a Constituição revista por emenda conforme o ordenamento da época, devendo, portanto, permanecer vigente a Carta de 1967.

Por certo, até as eleições de 1985, a despeito do movimento nacional “Diretas Já!”, que exigia eleições diretas no Brasil, os militares, com apoio de alguns setores da população, estavam à frente da condução do processo de transição política. Buscando controlar a transição por todos os lados, segundo Oliveira, “o então Ministro do Exército, General Walter Pires, já em pelo menos duas oportunidades anteriores às eleições, havia conversado com o então candidato Neves que lhe prometeu uma transição sem radicalização e que não permitiria nenhuma investigação sobre a repressão durante o regime militar” (2010, p. 138). Embora

² Sobre o assunto, Carlos Fico aponta que “impedir o revanchismo – em sua expressão mais elementar diria respeito à punição de torturadores” (FICO, 2011, p. 321).

³ Entre aspas porque nenhum dos dois era tipo penal. Não havia o crime de tortura, muito menos o de terrorismo.

indireta, a eleição presidencial deu vitória à oposição, Tancredo Neves e José Sarney, ao derrotar o candidato do governo, Paulo Maluf. A morte de Neves, contudo, traz à lume uma dúvida constitucional, pois a Constituição Federal de 1967 afirmava, no art. 77, que “substituiria o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-ia, no de vaga, o Vice-Presidente”. Entretanto, o presidente não fora impedido, nem o cargo estava vago porque o presidente não tinha assumido em razão de sua morte, ou seja, o vice, José Sarney (antigo arenista), assume, mesmo sem Neves ter sido empossado, ou assume Ulysses Guimarães, o presidente da Câmara, para em seguida convocar eleições?

Noblat (2016) afirma que uma reunião foi realizada na casa do ministro da Justiça, Leitão de Abreu, para solucionar a questão. Nela estavam presentes Ulysses, Fragelli, Fernando Henrique e o general Leônidas, que afirmou que a decisão seria de Leitão, Ulysses e Fragelli. Estes decidiram que a posse seria de Sarney e Leônidas abalizou com o decidido, afirmando que estava de acordo e ninguém mudaria sua opinião. Figueiredo ainda hesitou quanto da solução, indagando: “Não, o doutor Sarney não pode. Ele não assumiu! Como é que ele vai assumir, se ele não é vice-presidente? Ele é vice-presidente eleito, mas não empossado. Como é que ele vai substituir alguém que não foi empossado também?” (NOBLAT, 2016). Pedro Simon também insistiu com Ulysses em sua posse, mas este fechou a questão dizendo: “se veio o ministro do Exército e disse que é o Sarney, e você vê o Sarney querendo assumir, como é que eu vou criar um problema dessa natureza?” (NOBLAT, 2016). Burlando a Constituição, na calada da noite, numa manobra entre tantas do regime, entregava-se o poder a quem não era de direito. Ninguém melhor que um ex-arenista para assegurar a transição que os militares desejavam.

Outro exemplo de controle dos militares sobre a transição democrática é percebido, na Emenda Constitucional 26/85, que convocou a constituinte de 1987. Tal emenda, como reporta Chagas (1985), buscou rediscutir a lei de Anistia de 1979, sob o argumento de que era um pré-requisito para a instauração de uma Constituinte completamente livre e democrática seria a anistia ampla aos militares atingidos pelo golpe, não porque eles estivessem impedidos de se candidatar, mas porque, de uma forma ou de outra, ainda eram cidadãos de segunda classe, pois ainda sofriam com os efeitos de punições políticas. Os militares, entretanto, como escreveu Noblat, não admitiam uma revisão da anistia de 1979, pois havia um “acordo firmado pelas lideranças partidárias com os ministros militares, avalizado por Ulysses Guimarães” (1986, p. 2), pautando os limites para a transição. Deste modo, como veiculado nos jornais da época, a Anistia só foi até o admitido pelos militares (GLOBO, 1985). A transição estava começando a ser realizada; as lideranças políticas e o próprio Ulysses Guimarães não queriam correr riscos. Sabiam que a aprovação da anistia completa para militares cassados acirraría os ânimos castrenses e poderia contribuir para conturbar o processo de democratização e a própria Constituinte, conforme explica Chagas (1985). O resultado das negociações políticas foi a rejeição da Emenda Jorge Uequet, que ampliava a anistia militar, alcançando apenas sargentos e oficiais cassados, sem reincorporá-los às Forças Armadas, deixando de fora ainda, como na de 1979, cabos e praças.

Esse controle pôde ser percebido ainda durante a Assembleia Nacional Constituinte, por exemplo, no estabelecimento do papel constitucional das Forças

Armadas (artigo 142 da Constituição Federal de 1988), na tentativa de ampliar a anistia de 1979; na continuidade de julgamento de civis pela Justiça Militar etc. As Forças Armadas, segundo Zaverucha, “nomearam 13 oficiais superiores para fazerem *lobby* pelos interesses militares ante os constituintes. Este Lobby era muito bem organizado, chegando a levar os congressistas para visitas às instituições militares em todo o país” (2010, p. 45). Os militares tiveram acolhidas praticamente todas as reivindicações, podendo ao final descansar em paz e elogiar o caráter democrático do Congresso-Constituinte. Esse *lobby* estava muito bem articulado e dispunha de toda a máquina administrativa para fazer valer seus interesses, ocupando todo o 24º andar do anexo I do Senado, situando-se, neste andar, as assessorias parlamentares do Exército, da Aeronáutica, da Marinha e do Estado Maior das Forças Armadas, como destacou o jornal Folha de São Paulo (1987, p. a9). O Governo Federal da época também comprou para si as demandas militares, como informou o Globo (1987, p. 3), intervindo por várias vezes para direcionar os trabalhos da Constituinte, a fim de viabilizar os pleitos castrenses. Além do uso da máquina administrativa e de ter seus interesses advogados pelo executivo federal, a sombra da ditadura também colaborou para o controle sobre os trabalhos da Constituinte, pois em discurso em junho de 1987 o deputado Jorge Arbage (PSB-PA) fez um apelo aos seus pares para que colocassem o bom senso acima de interesses menores e evitassem um confronto desnecessário com os chefes militares, que, segundo o deputado, já manifestaram de público desaprovação ao texto da anistia, o que representava advertência para a sorte da transição do País em direção à democracia, justificando, para o deputado, que a questão fosse tratada em comunhão de acordo com os chefes militares, conforme o jornal O Estado de São Paulo (1987). E para que não se alegue, simplesmente, que o deputado Arbage era um desarrazoado, em setembro do mesmo ano, o ministro do Exército Leônidas Pires, de acordo com o periódico Correio Brasiliense (1987), ameaçou fechar a Assembleia Nacional Constituinte caso fosse concedida anistia aos militares cassados.

Mesmo depois da Constituinte e de promulgada a Constituição, a influência e as prerrogativas de militares foram mantidas e, em alguns casos, até aumentadas, senão vejamos: a) inicialmente, urge ressaltar que todos os governos da redemocratização tiveram militares no gabinete governamental, inclusive em pastas não relacionadas às Forças Armadas, como a Secretaria de Assuntos Estratégicos, o Ministério de Transportes etc.; b) além disso, com a ausência de conflitos externos no Continente Americano e com a superação do inimigo interno a ameaçar a soberania, as atribuições militares são inflacionadas, sendo alocadas para defender a lei e a ordem, assumindo missão típica da segurança pública, militarizando uma atividade que contribui para inúmeras violações de direitos civis, como demonstra a recente utilização do exército; c) a permanência da jurisdição militar sobre civis em tempos de paz, sendo essa prerrogativa incompatível com o sistema democrático; d) por não haver legislação comum sobre os crimes políticos, a Lei de Segurança Nacional continua sendo aplicada no tocante a esses crimes; e) diferente de países diversos (como Portugal e Grécia), que ao fim de um regime de exceção desativaram os seus serviços secretos, o Brasil não desativou, não desmilitarizou e até mesmo ampliou as atribuições desses serviços (Serviço Nacional de Informações, Departamento de Inteligência, Agência Brasileira de Inteligência, Subsecretaria de Inteligência etc.); f) o controle do tráfego aéreo civil que, ao contrário de países

como Chile, onde esse trabalho está sujeito a civis, no Brasil, é controlado pela Aeronáutica etc.

Como se vê, os militares controlaram muito bem a transição política, assegurando, por vários meios, modos de não sofrerem perseguições, punições e até mesmo aumentarem suas influências políticas. Neste sentido, assevera Teixeira que,

[...] da posse de Ernesto Geisel em 1974 até o impedimento do Collor (1992), passando pela posse de Itamar Franco (1992), eleição e reeleição de Fernando Henrique Cardoso (1994 e 1998), os militares mantiveram e até ampliaram suas prerrogativas, com exceção da criação do Ministério da Defesa em 1999 que, mesmo assim, não significou grande avanço no controle político democrático nas Forças Armadas (...) Este foi o espólio da distensão geiselista. A partir de uma “transição tutelada de poder”, apenas se chegou a uma “democracia’ tutelada” (2001, p. 157).

Insistimos, neste tópico, acerca da ausência de controle civil sobre os militares, haja vista este ser um dos modos de avaliar um Estado democrático, pois quanto maior o controle sobre os militares, mais democrático é o país. A transição política e a consolidação da democracia são constituídas, em verdade, por duas transições, a primeira, que é a instalação do regime democrático, e a segunda, o efetivo funcionamento do regime democrático. Oliveira deixa claro que não se pode tomar, como regime democrático, “aquilo que configura tão somente como um governo democrático. Este contempla apenas a dimensão da democracia eleitoral, enquanto aquele contempla, pelo menos, outras três: a cidadania inclusiva, a proteção dos direitos civis e o controle civil democrático sobre os militares” (2010, p. 55).

Desse modo, não é possível, como anota Bruneau (2005), considerar consolidada uma democracia na qual o poder civil se encontra sob tutela dos militares, não devendo nenhuma área do governo ser excluída do controle de líderes civis eleitos. Isso porque a instalação de mecanismos institucionais formais não democráticos, que retenham o poder dos agentes sociais que foram destituídos, é uma tentativa de preservar o poder perdido, estabelecendo reservas de domínio de autoridade, impedindo o processo de consolidação da democracia. Várias prerrogativas (como controlar as agências de inteligência, não haver revisão civil das doutrinas e programas militares em suas escolas, presença em áreas econômicas etc.) garantem a autonomia militar e, por consequência, o descontrole civil sobre estes. Os militares detêm o monopólio do poder coercitivo de Estado, daí, se eles não estiverem sob controle civil, podem apresentar uma ameaça à democracia. Valenzuela explica que a

[...] autonomia militar é contrária à consolidação da democracia desde que esta seja (...) uma reserva de domínio que contém um importante ingrediente do poder do Estado: a força das armas. Neste caso, reduzir a autonomia militar é um ingrediente indispensável para a consolidação democrática (1990, p. 57).

As prerrogativas, ou melhor, o legado autoritário é um dos principais entraves para consolidação da democracia. O legado autoritário, segundo explicam Hite e Morlino (2004), são as regras, procedimentos, normas padrões, práticas, relacionamentos e memórias originados em experiências bem definidas, resultantes de configurações históricas específicas que sobrevivem à transição democrática e intervêm na qualidade e prática democrática. No Brasil, além das prerrogativas militares, são legados autoritários a estrutura e a ação das polícias, o arcabouço legal administrativo tributário, a prática do Ministério da Defesa que diferencia militares anistiados de militares que jamais deixaram a caserna etc.

O *modus operandi* das instituições policiais no Brasil claramente exemplifica o legado autoritário dos sucessivos períodos de exceção, denotando tendências autoritárias, servindo a interesses políticos e, não raras vezes, utilizando-se de castigos físicos e tortura como instrumentos para obter confissão. Mesmo com competências e atribuições distintas, as polícias que atuam em meio à sociedade civil no Brasil, gerindo a economia do poder, são estruturadas e formam seus servidores para o embate bélico, havendo hierarquia semelhante e mecanismos de ação e de inteligência típicos das Forças Armadas. Cartesianamente, só haveria motivo para a Polícia Militar se organizar à imagem e semelhança do Exército: se as metas fossem as mesmas, o que não ocorre, pois na Constituição, cumpre ao Exército defender a soberania e o território nacionais, recorrendo, caso seja necessário, a procedimentos bélicos, e à Polícia Militar proteger os cidadãos da eventual violação dos seus direitos, devendo zelar pela defesa da cidadania. A estrutura e as táticas das polícias, segundo Souza (2014), são legados autoritários que não se justificam ante o contexto e as metas constitucionais.

Outro legado pode ser percebido na educação brasileira, segundo Mosé, com a ditadura militar a educação tornou-se refém de um sistema disciplinar que eliminou a filosofia e os saberes reflexivos e críticos e que teve na passividade, na submissão, na repetição, no medo o seu modelo de conduta, desprezando a criatividade, a inteligência viva e valorizando o bom comportamento, a disciplina, a ordem. O estado de exceção fomentou na sociedade, ainda para Mosé, “o medo de pensar, de posicionar-se criticamente” (2013, p. 50), pois elegeu como alvo principal das perseguições, além dos políticos, os intelectuais, os estudantes e artistas, repercutindo diretamente na má formação de jovens e crianças.

A estrutura administrativo-fiscal também é uma herança do regime militar, configurando o sistema monetário e financeiro (com a criação do Banco Central, do sistema tributário nacional) e de toda a estrutura administrativa decorrente. Esse legado é relevante, haja vista que, como vimos, foi a adesão às ideias liberais capitalistas — decorrentes do contato dos militares brasileiros com os exércitos estadunidense e francês, na Segunda Guerra, com o consequente surgimento da Escola Superior de Guerra e sua doutrina de segurança nacional — que serviram como justificativa para a implementação do golpe e essa estrutura, até hoje vigente e válida, assegurou a perpetuação desses valores castrenses. Bercovicci assevera que

[...] ainda não se conseguiu adotar soluções eficazes e legítimas para impedir ou cercar o arbítrio e a irresponsabilidade da atuação do Estado, bem como sua corporativização e privatização. (...) O desafio continua sendo encontrar

um modo de submeter a critérios sociais e democráticos a atuação, ou omissão, do Estado, através de um controle político. A questão do controle democrático, da intervenção econômica e social do Estado continua sem solução sob a democrática Constituição de 1988 e toda sua estrutura administrativa, ainda herdada da ditadura militar (2010, p. 90).

Além desses e de outros legados não referidos aqui, há a diferenciação entre militares anistiados e militares não anistiados pelas Forças Armadas e pela Advocacia Geral da União. Há uma prática social, dentro das Forças Armadas, que defende, por meio de pareceres da AGU ao Ministério da Defesa, que os militares anistiados não estão submetidos como os demais militares ao Estatuto Militar, havendo para esses servidores públicos anistiados, e só para esses, um regime jurídico criado pela Lei 10.559, de 2002. Essa Lei, ao estabelecer os direitos dos anistiados, afirma em seu artigo 1º: “o Regime do Anistiado Político compreende os seguintes direitos.” Essa afirmação é compreendida pelo Ministério da Defesa como a criação de um regime específico para o anistiado político, sendo que os demais servidores públicos anistiados não são enquadrados nesse regime, mas no de sua categoria. Essa postura do Ministério da Defesa reforça a ideia de um descontrole civil sobre os militares, haja vista que uma decisão de um órgão especializado, a Comissão de Anistia, é desconsiderada e artificialmente manipulada a fim de apresentar uma interpretação oportunista que não se aplica em nenhum outro órgão federal.

2 O DISCURSO DA DIFERENÇA ENTRE OS MILITARES REALIZADA PELO MINISTÉRIO DA DEFESA

Interessa-nos especificamente, neste tópico, perceber as estratégias e práticas de restrição dos direitos dos anistiados, observando a função do problema na prática, assim como, em outro segmento mais a frente, a possibilidade de ultrapassar esses obstáculos, por meio do movimento dialógico de resposta a essa restrição dos anistiados, buscando mais direitos em esferas outras que a administrativa.

Dentro das práticas e discursos de restrição de direitos dos anistiados, assim como do entendimento de que a Lei de 1979 anistiou todos os fatos típicos dos militares que agrediram direitos e garantias tutelados pelos tratados internacionais, após a concessão de anistia política realizada pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça e disputando com esta o sentido e os limites da anistia política de militares, segue para o Ministério da Defesa incorporar e cumprir, nos termos da Lei 10.559, de 2002, a decisão do ministro da Justiça. Assim, conforme dispõe o artigo 12, § 4º, da referida Lei, as decisões proferidas pelo ministro de Estado da Justiça, nos processos de anistia política, serão obrigatoriamente cumpridas no prazo de 60 dias, por todos os órgãos da Administração Pública e quaisquer outras entidades a que estejam dirigidas.

Assim, notificado pela Comissão de Anistia, o Ministério da Defesa há de cumprir em todos os termos a decisão, devendo, no caso do militar, abrir um procedimento para formalizar sua condição de reingresso na caserna, inscrevendo-o

no Setor de Inativos e Pensionistas respectivo, pondo-o em sua patente devida, se for o caso, e abrir conta a fim de que este entre na folha de pagamento. Em todas as repartições federais, onde o funcionário público torna a se vincular, esse procedimento acontece sem quaisquer dificuldades, passando o anistiado a gozar das mesmas condições e direitos que os demais funcionários possuem. Assim, por exemplo, em uma Universidade Federal, o professor que retorna à cátedra se equipara a um outro servidor que hoje se encontra na situação em que ele deveria estar, adquirindo a mesma titulação do paradigma e todos os direitos decorrentes, podendo tornar-se, deste modo, um professor associado, se o paradigma assim o permitir. O mesmo se dá em todos os demais órgãos públicos, salvo nas Forças Armadas.

O Parecer n.º 59 de 2007 da CONJUR/MD dispõe sobre os anistiados militares e a criação de um regime jurídico específico para estes. O Ministério da Defesa, ante uma dúvida sobre quaisquer pontos práticos ou teóricos, consulta os técnicos da Advocacia Geral da União para que, por meio de parecer, indiquem como seus servidores devem proceder. Entretanto, antes do Parecer n.º 59 da CONJUR/MD, já existiam instrumentos normativos internos da caserna estabelecendo disposições que lastrearam o entendimento da AGU, como a Portaria Normativa n.º 657/MD, de 25 de junho de 2004 e, especificamente, dentro do Comando do Exército, a Portaria n.º 209-DGP, de 19 de dezembro de 2005.

A Portaria Normativa n.º 657/MD estabelece normas para execução, no âmbito do Ministério da Defesa e das Forças Armadas, do parágrafo único do art. 18 da Lei n.º 10.559, cabendo destarte ao Ministério da Defesa, no prazo de 60 dias, a contar dessa comunicação do Ministério da Justiça, de anistias concedidas aos militares, as reintegrações e promoções, bem como o pagamento das reparações econômicas, reconhecidas pela Comissão de Anistia. Essa portaria regulamenta o anistiamiento do militar, estabelecendo que: os requerimentos de anistia, decididos pelo ministro de Estado da Justiça, serão encaminhados pelo secretário de Organização Institucional aos comandos da Marinha, Exército e Aeronáutica, para execução das providências cabíveis; compete às forças singulares providenciar para que sejam fornecidos aos anistiados políticos militares a identidade, a ser emitida pelos seus sistemas próprios de identificação, bem como o credenciamento para utilização de benefícios indiretos; o direito sucessório de seus dependentes, dentre outras matérias. No mesmo sentido, a Portaria n.º 209-DGP regulamenta as atividades administrativas, de responsabilidade do Departamento-Geral do Pessoal (DGP), relacionadas com anistiados políticos militares no âmbito específico do Comando do Exército, e estabelece que: a expressão dependente habilitado, utilizada na norma, qualifica o dependente do anistiado habilitado à reparação econômica; a Diretoria de Cívís, Inativos e Pensionistas (DCIP) é o órgão técnico-normativo do DGP para os assuntos referentes a anistiados, o processo de habilitação do dependente à reparação econômica do anistiado; o procedimento de transferência da cota-parte e outras providências. Importa aclarar, assim, que o Parecer 59 da CONJUR/MD não instaura uma novidade nos comandos militares, pois já havia textos que regulavam, com pequenas diferenças, a matéria, como a Portaria Normativa n.º 657/MD, de 25 de junho de 2004, a Portaria Normativa n.º 1.235/MD, de 21 de setembro de 2006, e, especificamente, dentro do Comando do Exército, a

Portaria nº 209-DGP, de 19 de dezembro de 2005, dentre inúmeros outros. Desse modo, em verdade, vem o Parecer nº 59 apenas propor um consenso das práticas até então já direcionadas dentro da caserna.

No caso do Parecer nº 59/2007, a Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa (CONJUR-MD) foi interpelada pela Subdiretoria de Inativos e Pensionistas da Aeronáutica, que requisitou um posicionamento para modificar a situação do beneficiário do militar que passa a ser considerado dependente para o recebimento de prestação mensal, permanente e continuada, decorrente de alteração do regime de anistia política a esses militares. O caso concreto que deu azo ao parecer decorre de uma filha maior que, pelo regime anterior, era considerada beneficiária do militar e não terá direito a perceber a reparação econômica mensal pelo novo regime instituído, uma vez que não se encontra enquadrada no rol de dependentes previsto na Lei 6.880 de 1980 (Estatuto dos Militares).

O entendimento do CONJUR-MD vincula ideologicamente seu parecer ao discurso de restrição de direitos dos militares anistiados, aproximando-se de uma interpretação da Anistia, quanto às reparações, mais restrita. Argumenta o CONJUR-MD que o fato de o artigo 1º da Lei 10.559, de 2002, afirmar que “o Regime do Anistiado Político compreende os seguintes direitos”, findou o legislador instituindo “um novo regime jurídico: o regime do anistiado político, diverso dos regimes comuns, dos militares ou dos servidores públicos civis” (BRASIL, 2007, p. 3). Assim, ao ser declarada a anistia política com fulcro na Lei 10.559, de 2002, ocorre a substituição do regime, de modo que civis e militares anistiados passam a integrar um novo regime jurídico, diverso daquele a que pertenciam antes da declaração da Comissão de Anistia, dotado de regras próprias.

Orienta ideologicamente a CONJUR-MD o sentido da Anistia, ao acentuar que a “substituição do regime não é imposta aos interessados, ao contrário, dependendo de sua iniciativa, por intermédio de requerimento próprio endereçado ao órgão especialmente criado para examiná-lo, a Comissão de Anistia” (BRASIL, 2007, p. 4), conforme dispõe o artigo 12 da Lei 10.559 de 2002. Entende, portanto, a CONJUR-MD que o militar cassado tem a opção de requerer anistia ou permanecer sem reparação, não se submetendo ao novo regime, não havendo declaração de anistia *ex officio*. Contudo, uma vez sendo favorável à declaração de anistia, implica necessariamente a substituição obrigatória e integral do regime. Essa substituição lastreia-se no artigo 19 da Lei 10.559 de 2002, quando este assinala que o pagamento de aposentadoria ou pensão excepcional relativas aos já anistiados políticos, que vem sendo efetuado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e demais entidades públicas, bem como por empresas, mediante convênio com o referido instituto, será mantido, sem solução de continuidade, até a sua substituição pelo regime de prestação mensal, permanente e continuada, instituído por esta Lei. Assim, a substituição alcança não apenas os servidores, civis e militares, da ativa e os da reserva, como também os já anistiados.

O parecer veda, expressamente, o que alega ser o desejo de muitos anistiados, a mescla de regimes. Mais uma vez atrela sua interpretação ao discurso de restrição de direitos, ao aduzir a AGU, por meio de seu parecer, que não é possível cumular benefícios, de modo que não pode em um momento gozar da

isenção do Imposto de Renda, conforme possibilita o parágrafo único, do artigo 9 da Lei 10.559 de 2002 (os valores pagos a título de indenização a anistiados políticos são isentos do Imposto de Renda) e noutro perceber pensão militar para seus beneficiários de acordo com o Estatuto Militar.

Ainda buscando defender a criação do novo regime para os anistiados políticos, aduz o Parecer a ideia de que os militares da União não possuem direito adquirido a regime jurídico, podendo o legislador, como fez claramente na Lei 10.559, alterar o regime. O argumento da AGU é que a Lei 10.559 criou um regime jurídico específico para todos os anistiados políticos, ao que conclui a CONJUR-MD pela inexistência de vedação de alteração do regime em razão de não existir direito adquirido dos servidores militares a seu regime jurídico. Esta, assentindo, por meio do Parecer, que alguns servidores militares não têm direito adquirido aos seus regimes jurídicos, contudo os demais, que não foram anistiados, possuem, pois seu estatuto não foi alterado. De modo ainda mais evidente, a AGU deixa perceber seu posicionamento, ao distinguir dois tipos de servidores — os que foram anistiados e não possuem direitos ao regime jurídico e os que continuaram na caserna e possuem direito adquirido ao regime jurídico, conseguindo com essa manobra suprimir dos primeiros o direito de gozar dos mesmos direitos dos últimos.

A CONJUR-MD sustenta que o fundamento legal da distinção decorre dos artigos 9º e 13 da Lei 10.559. O artigo 9º aduz que os valores pagos por anistia não poderão ser objeto de contribuição ao INSS, a caixas de assistência ou a fundos de pensão ou previdência, nem objeto de ressarcimento por estes de suas responsabilidades estatutárias e que os valores são pagos a título de indenização a anistiados políticos, isentos do Imposto de Renda. Segundo a AGU, longe de ser um descuido do legislador, há uma proposital distinção entre “os valores pagos por anistia não poderão ser objeto de contribuição” e serem “isentos”, posto que no primeiro não há incidência pura e simples ao passo que, no último, a isenção, a tributação é devida, mas o legislador dispensa o pagamento.

Já o artigo 13 estabelece que, no caso de falecimento do anistiado político, o direito à reparação econômica transfere-se aos seus dependentes, observados os critérios fixados nos regimes jurídicos dos servidores civis e militares da União. Destarte, para a AGU a Lei 10.559 instituiu para o anistiado uma regra própria ao determinar, no caso de falecimento deste, a transferência do direito de reparação aos seus dependentes. Essa regra é específica do diploma de 2002, inexistindo na Lei 6.683/79 e na Emenda Constitucional de 1985, de modo a estimular que os já anistiados ingressassem com pedido na nova lei. Para a AGU, “este dispositivo é específico do regime jurídico do anistiado político e possui finalidade equivalente à da pensão militar” (BRASIL, 2007, p. 7), sendo exatamente em virtude dessa regra que se pode concluir que os militares anistiados políticos não fazem parte do sistema de pensão militar.

Assim, para a CONJUR-MD, como há regra específica e equivalente à pensão militar da transferência da reparação econômica para os dependentes e a vedação legal de que as reparações sejam objeto de contribuições para pensão militar, conclui-se que os anistiados políticos, depois de substituir o regime, não participam do sistema de pensão militar. Como a Lei 10.559/02 estabeleceu não a

duplicidade de percepção de verbas, mas a substituição destas, seria verdadeiro “enriquecimento sem causa, às custas dos cofres da União” (BRASIL, 2007, p. 7), admitir que um eventual beneficiário do militar anistiado político auferisse a pensão prevista na Lei 3.765/60 (Lei de Pensões Militares) e também a reparação econômica mensal decorrente de anistia, sob pena de permitir uma ilegal e desmotivada dupla percepção de valores, sem que fossem descontados os valores previstos na legislação, como exigido pela Medida Provisória nº 2.215-10/01, em seu artigo 31. Desse modo, o militar anistiado, por não contribuir, não teria direito à pensão.

De tal maneira, não pode o anistiado acumular a percepção de remuneração militar e a reparação econômica de anistiado, assim como o eventual dependente não pode, ao mesmo tempo, perceber a pensão militar e a reparação econômica transferida. Não pode, portanto, o anistiado continuar contribuindo para que seus dependentes possam, no futuro, gozar de sua pensão, seja porque a Lei 10.559/02 expressamente veda tal possibilidade no artigo 9º, parágrafo único, seja porque, segundo a AGU, seria uma discriminação irrazoável, diferenciando e favorecendo os anistiados em detrimento de outros anistiados (civis), excluídos das “fileiras” das Forças, que não teriam o mesmo direito. Assim, “não caberia ao operador do Direito implementar distinção discriminatória que não foi feita, na lei, pelo legislador” (BRASIL, 2007, p. 8). Esse raciocínio do Ministério da Defesa, mais uma vez, deixa perceber sua vinculação ideológica, pois não admite tratamento diferenciado aos anistiados em detrimento dos não cassados.

Afirma ainda o artigo 16 da Lei 10.559 que os direitos expressos nesta Lei não excluem os conferidos por outras normas legais ou constitucionais, vedada a acumulação de quaisquer pagamentos ou benefícios ou indenização com o mesmo fundamento, facultando-se a opção mais favorável. Esse artigo é interpretado pela CONJUR como resguardando especificamente os anistiados que, porventura, tenham adquirido benefícios ou indenizações por diplomas anteriores. Para a AGU, “em razão da finalidade reparatória da lei, este novo regime, em seu conjunto, é considerado mais benéfico para os anistiados políticos” (BRASIL, 2007, p. 3), afastando, contudo, a possibilidade de cumular benefícios.

Distingue, também, a CONJUR-MD, os beneficiários do anistiado político dos dependentes do militar. A distinção se dá em razão de o artigo 13 da Lei 10.559/02 estabelecer que, no caso de falecimento do anistiado político, o direito à reparação econômica transfere-se aos seus dependentes, observados os critérios fixados nos regimes jurídicos dos servidores civis e militares da União. Esses dependentes, segundo a AGU, diferem dos dependentes estabelecidos no artigo 50, § 2º, do Estatuto Militar, em razão da substituição do regime, não passando o suposto beneficiário a dependente. Para a AGU, então, ao contrário do militar que permaneceu na caserna, que tem seu dependente presumidamente reconhecido no elenco do artigo 50, o anistiado se enquadra no artigo 7º da Lei 3.765/60, tendo necessariamente que se habilitar e provar sua dependência. Assim, para os anistiados, a pensão militar será deferida em processo de habilitação, tomando-se por base a declaração de beneficiários preenchida em vida, pelo contribuinte, conforme dispõe o artigo 10 da Lei 3.765 de 1960. Tanto que, sempre que, no início ou durante o processamento da habilitação, for constatada a falta de declaração de

beneficiário, ou se ela estiver incompleta ou oferecer margem a dúvidas, a repartição competente exigirá dos interessados certidões ou quaisquer outros documentos necessários à comprovação dos seus direitos e, persistindo dúvidas, a prova será feita mediante justificação judicial, processada preferencialmente na Auditoria Militar, ou, na falta desta, no foro cível. Há, portanto, uma exigência mais rigorosa sobre os anistiados que para os demais militares.

O Parecer nº 59 da CONJUR-MD confirma, assim, que existem dois tipos de militares nas Forças Armadas: aquele que não saiu da caserna e os anistiados. Essa diferenciação, que surge a fim de justificar o não pagamento de pensão aos militares anistiados, termina por criar um regime diferenciado para os anistiados, repercutindo sobre o gozo de vários direitos e o tratamento igualitário destes. O Parecer diferencia os anistiados que passam a se inserir em sua reintegração de modo diverso dos militares estabelecidos. O anistiado, que já carrega consigo vários estigmas sociais, permanece sob o signo sombrio da diferença, da distinção, tendo seus dependentes que se habilitar para perceber a cota da reparação econômica permanente e continuada. Com a criação do regime jurídico do anistiado político, os militares nele inclusos ficam alheios ao direito de pensão de seus dependentes, estando fora do Estatuto dos Militares.

Existem ainda outras diferenças que repercutem sobre o anistiado. As promoções pelo critério do merecimento aos postos de General, Brigadeiro e Almirante são outros cerceamentos de direitos que decorrem direta e indiretamente da situação de anistiado. Essa querela advém do artigo 8º do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, que assegura as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

Dessarte, só pode haver ascensão funcional ao cargo, por exemplo, de oficial-general pelo critério subjetivo da escolha. Esse critério exige que o Presidente da República escolha, ante uma lista fornecida pelo Alto Comando de cada Força Armada, conforme dispõe o Decreto nº 3.998, quem dos indicados deve ascender funcionalmente. Para ser incluído nessa Lista de Escolha que vai ao Presidente, é imprescindível que o oficial conste do Quadro de Acesso por Escolha, sendo que apenas os oficiais que satisfaçam as condições de acesso e estejam compreendidos nos limites quantitativos de antiguidade para cada Força Armada serão relacionados pela Comissão de Promoção de Oficiais para os Quadros de Acesso por Escolha.

É extremamente improvável que a composição do Alto Comando, por mais paradoxal que seja, vote em quem cumpriu a legalidade em 1964 em razão do pensamento hegemônico que hoje prepondera nas Armas Brasileiras. Impõe ainda a Lei 5.821/72 que o oficial não poderá constar de qualquer Quadro de Acesso e Lista de Escolha se for considerado desertor. Deste modo, quem foi posto para fora das Armas não pode concorrer a essa progressão, não alcançando, portanto, um anistiado o cargo de oficial-general por mais que haja inúmeros julgamentos da Comissão e Justiça Federal afirmando não haver deserção quando esta for involuntária, posto

não poder ser exigida outra conduta do militar. Assim, nem todo oficial pode ir aos patamares mais altos da caserna, estabelecendo a lei um meio que comanda o tipo de personalidade dos militares que comporão a casta mais alta das Forças Armadas, restringindo o acesso, controlando ideologicamente os rumos da elite mandante e pensante das Forças Armadas. Não se admira ser a caserna, com raras exceções, uma caixa fechada que reproduz, hoje, o modo de pensar dos militares de 1964.

A AGU ratifica esse posicionamento por intermédio do Parecer nº AGU/JD-001/2002 e do Parecer nº AGU/JB-3, referentes à impossibilidade de progressão aos cargos de generalato pelos anistiados. Os pareceres deixam claro que não “há que falar-se em promoções ao oficialato presumindo-se o atendimento dos requisitos subjetivos previstos na legislação específica” (BRASIL, 2012, p. 66). Assim, os requisitos para os quais a Lei 10.559/02 estabelece a presunção de atendimento são, tão somente, os objetivos, tais como os prazos de interstício exigidos para tanto. Não cabe, pois, ter como ocorridas automaticamente as promoções, de tal maneira que, em se cuidando de promoções sujeitas à apuração de requisitos subjetivos, segundo a lei de sua regência, esses se presumam satisfeitos.

A única promoção a que o militar anistiado, segundo a AGU, tem direito é a promoção por antiguidade, pois a por merecimento configura mera expectativa de direito, eis que sujeita a fato ou condição falível, possível de jamais se incorporar ao seu patrimônio, em face do critério estreito de promoção ao generalato. O único que pode preencher os critérios do merecimento é o militar que permaneceu dentro das Forças Armadas, estando alijado da possibilidade o anistiado. O artigo 8º do ADCT assegura na inatividade as promoções a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, não as promoções possíveis, promoções que poderiam vir a alcançar.

A AGU deixa claro, no Parecer AGU/JB-3, que os militares anistiados “somente podem obter as promoções a que teriam direito se na ativa tivessem permanecido. As promoções que dependem da avaliação de critérios subjetivos não configuram direito dos anistiados, como não configuram direito dos militares em atividade” (BRASIL, 2016). Por maior amplitude que se dê à anistia, para a AGU, não se pode admitir que o escrito na lei conceda ao servidor que permaneceu inativo, pelas desventuras conhecidas, mais direito do que teria se na atividade permanecesse. Assim, resta claro o entendimento da AGU de que o anistiado (inativo) assim como o que permaneceu ativo não pode ter acesso direto às promoções por merecimento; contudo, também queda límpida a noção de que apenas estes últimos têm expectativa de direito a essa promoção, pois os inativos, por terem sido postos forçadamente para fora da caserna, estão, em verdade, excluídos da possibilidade de promoção.

A par do discurso de ampliação dos direitos dos anistiados, a Comissão de Anistia vai ao encontro do entendimento do Ministério da Defesa e da AGU no tocante às promoções por merecimento desses militares, como faz perceber o parecer conclusivo de Luiz Carlos Prestes. A atuação política de Prestes precedeu em muito o golpe de 1964, assim como sua vida militar, que durou de 1916 a 1936, quando, então, teve a sua patente de Capitão do Exército cassada. No parecer conclusivo, a Comissão declara Prestes anistiado político, mas não concede a progressão ao generalato, como foi requerida, pois para ela, “não se dispensam os

critérios meramente subjetivos, como o apresentado no caso em questão, ou seja, figurar em lista de escolha, que possibilita, apenas, a expectativa de promoção ao generalato” (BRASIL. Processo de Anistia nº 2003.01.36041, p. 126), determinando a progressão ao posto de coronel com percepção do soldo de general de brigada e a sua transferência para a inatividade.

Essa posição assumida pelo Ministério da Defesa, lastreada pelos equipamentos jurídico-burocráticos do Governo Federal, cria argumentos que estribam a prática institucional da diferença entre militares anistiados e não cassados. Os argumentos levantados pelo Ministério da Defesa, assim, findam por institucionalizar a restrição dos direitos dos militares anistiados, o que entendemos ser um legado autoritário do regime de exceção civil-militar. A eleição, com base no dispositivo legal, de uma interpretação que cria um regime jurídico específico para os militares anistiados e os afasta dos direitos constantes no Estatuto Militar, opera um *discrímen* entre os militares. Sobre essas práticas, os anistiados irão se posicionar tanto representando essas práticas quanto com ações junto ao Judiciário, que serão analisadas nos tópicos vindouros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procuramos com esse recorte apresentar um pouco de nossa pesquisa e principalmente deitar olhos sobre o legado autoritário a que os militares anistiados ainda hoje estão submetidos. Os militares anistiados disputam espaço social e ideológico com uma visão bastante difundida e defendida entre os militares de que eles não devem gozar dos mesmos direitos dos demais militares. Essa visão, por certo, diferencia negativamente pessoas que já se encontram em situação deficitária juridicamente.

As práticas discriminatórias do Ministério da Defesa e das Forças Armadas não encontram nenhuma guarida no texto da Constituição, não podendo por isso prosperar. Melo indica que, para um *discrímen* ser introduzido na ordem jurídica, tem que *in concreto* ser pertinente com os “interesses constitucionalmente protegidos, isto é, deve resultar em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público (2004, p. 41);” assim, para a Lei 10.559, de 2002, realizar uma discriminação entre militares anistiados e não cassados, deve essa distinção ser compatível com os interesses do sistema constitucional. Isso importa acolher o ensinamento de que, quando a Constituição pretende suprir as diferenças, não pode a legislação majorá-las, não pode o legislador ou seu intérprete, como *in casu*, agir negativamente quando o texto da Carta Maior impõe uma ação positiva.

Nesse diapasão, urge afirmar que os artigos 8º e 9º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias em nenhum inciso ou alínea permitem um tratamento diferenciado; pelo contrário, defende e caminha para ações que supram e compensem as perdas do anistiado. Se o Texto Constitucional não possui uma linha que assinta com um tratamento que diferencie o anistiado do não cassado, o legislador infraconstitucional, nem, muito menos, um intérprete qualquer podem

fazê-lo. O tratamento diferenciado dado aos militares anistiados majora a estigmatização de sua identidade, prejudicando-lhes a autoestima; contudo, como veremos no próximo segmento, essa distinção praticada pelo Ministério da Defesa fomenta a luta dos anistiados por seu reconhecimento.

As práticas de diferenciação entre os militares, encetadas pelo Ministério da Defesa, exemplificam como, na sociedade brasileira, segundo Chauí, as leis “sempre foram armas para preservar privilégios e o melhor instrumento para repressão e opressão” (2013, p. 262). Essa sociedade abraçada à justificativa legalista que interpreta a Constituição, violando-a, nega direitos, apresentando argumentos que tratam igualmente quem está em posições distintas, fortalecendo as diferenças; interpretações que estão mais interessadas em assegurar privilégios do que recompor perdas materiais e morais, que se utilizam da lei para silenciar as vozes dos anistiados.

Decisões judiciais que corroborem essas práticas reforçam o entendimento de Chauí ao acentuar que a sociedade brasileira é autoritária, pois sua cidadania se dá através de uma figura específica: “o senhor-cidadão, e que conserva a cidadania como privilégio de classe, fazendo-a ser uma concessão regulada e periódica da classe dominante às demais classes sociais, podendo-lhes ser retirada quando os dominantes assim o decidem” (2013, p. 262) e a desnaturalização dessas práticas do Ministério da Defesa favorece a derrocada dessa sociedade autoritária.

REFERÊNCIAS

A anistia só vai até o admitido pelos militares. **O Globo**. Rio de Janeiro, p. 2, 23 nov. 1985.

A perda de visão do Estado. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, nº 34453, p. 3, 24 jun. 1987.

Arbage adverte contra risco de acuar militares. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, nº 34455, p. 5, 26 jun. 1987.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer nº AGU/JB-3**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8425>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

_____. Advocacia Geral da União. **Parecer nº AGU/jd-001/2002**. Publicações Eletrônicas da Escola da AGU: Coletânea de Manifestações da Consultoria-Geral da União - v. 1. Organização de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy; Otávio Luiz Rodrigues Junior - Brasília: 2012.

_____. Advocacia Geral da União. **Parecer nº 59/CONJUR/MD-2007**.

_____. **Constituição Federal (1967)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Ministério da Justiça – Comissão de Anistia. Parecer conclusivo. **Processo de Anistia nº 2003.01.36041**. Requerente: Maria do Carmo Ribeiro.

BRUNEAU, Thomas C. Civil-Military relations in Latin-America: the hedgehog and the fox revisited. **Revista Fuerzas Armadas e Sociedad**. Año 19, 2005, p. 111-131.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2001.

CHAGAS, Carlos. Emenda Sarney terá aprovação quase total. **O Estado de São Paulo**, São Paulo. 08 out 1985.

CHAUÍ, Marilena. **Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro**. Belo Horizonte – São Paulo: Autêntica Editora/Editora Fundação Perseu Abramo, 2013.

Governo defende seus direitos na constituinte. **Correio Brasiliense**. Brasília, 26 jun. 1987.

FICO, Carlos. A negociação parlamentar da anistia de 1979 e o chamado “perdão aos torturadores”. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. N. 4 (jul. / dez. 2010). – Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

HITE, Katherine and MORLINO, Leonardo. Problematizing the links between authoritarian legacies and “good” democracy. HITE, Katherine and CEZARINE, Paola. **Authoritarian legacies and democracy in Latin America and Southern Europe**. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame, 2004.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Militar ameaçou fechar Assembleia. **Correio Braziliense**. Brasília, nº 8908, p. 2, 01 set. 1987.

NOBLAT, Ricardo. Depoimento de Fernando Henrique Cardoso. **Coberturas especiais: a posse que não houve – parte II**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2009/03/14/a-posse-que-nao-houve-parte-ii-168752.asp>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

_____. Inventário da Culpa. **Jornal do Brasil**. Rio de Janeiro, sex. 25 out. 1986. Primeiro Caderno.

OLIVEIRA, Armando Albuquerque de. **(Des)controle civil sobre os militares no Brasil: Um estudo comparado (1945-1964/ 1985-2009)**. 2010, 260 fl., Tese (doutorado em Ciência Política) - Centro de Filosofia e Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2010.

Para Cabral, anistia aos militares é o tema mais polêmico. **Folha de São Paulo**. São Paulo, p. a9, 23 ago. 1987.

Planalto quer o presidencialismo e que anistiado não volte ao quartel. **O Globo**. 06 jul. 1987.

REALE, Miguel. Momentos decisivos do constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: ano 20, n ° 77, jan./mar., 1983.

VALENZUELA, J. Samuel. **Democratic consolidation in post-transitional setting:** notion, process and facilitating conditions. Workingpapers, 150 – December, 1990.

ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. TELES, Edson e SAFATLE, Vladimir. **O que resta da ditadura:** a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

Recebido em 04.05.2016

Aceito em 31.03.2017

ASPECTS SOCIO-ENVIRONNEMENTAUX DES RELATIONS DE TRAVAIL DANS LA POST-MODERNITE

SOCIO-ENVIRONMENTAL ASPECTS OF LABOR RELATIONS IN POST-MODERNITY

Michel Prieur¹

Grace Ladeira Garbaccio²

José Antônio Tietzmann e Silva³

Sommaire : Introduction. 1 Les impacts de la post-modernité sur la relation de travail “classique”. a. La relation de travail classique: caractéristiques. b. L’aperçu post-moderne des relations de travail: quid pour les travailleurs? 2 L’OIT et la quête de réponses aux enjeux du travail post-moderne. a. L’OIT: origines et parcours. b. Les conventions les plus importantes concernant les conditions du travail. 3 Post-modernité, travail et environnement: des sujets conciliables. a. Une réponse collective aux impacts sociaux des délocalisations. b. Le droit à l’environnement et les relations de travail. Considérations finales. Références.

Résumé: Le présent article cherche à analyser les relations de travail dans le cadre de la post-modernité, comprenant à la fois leurs aspects sociaux et environnementaux. Dans un contexte d’évolution constante des relations économiques, les aspects juridiques, sociaux et politiques ne peuvent pas être immuables, ignorant une réalité prédatrice des conditions de travail et de

¹ Professor Emérito da Universidade de Limoges/França. Diretor científico do Centro de Pesquisas Interdisciplinares em Direito Ambiental, de Ordenamento Territorial e Urbanístico da Universidade de Limoges, França. Presidente do Centro Internacional de Direito Ambiental Comparado, ONG internacional com status consultivo e acreditação permanente diante do Conselho Econômico e Social da ONU. Fundador da Sociedade Francesa para o Direito Ambiental, da Revista Europeia de Direito Ambiental e da Revista Jurídica do Meio Ambiente. Doutor honoris causa das universidades de Zaragoza (Espanha), de Bucareste (Romênia), de Sherbrooke (Canadá), de Santa Fé (Argentina). Oficial da Legião de Honra da França. Comandante da Ordem das Palmas Acadêmicas (França). Cavaleiro da Ordem Nacional do Mérito (França). Prêmio Elizabeth Haub (Universidade Livre de Bruxelas). Autor de inúmeros artigos e obras na área do Direito Ambiental. Serviços de consultoria especializada prestados a organismos internacionais. E-mail: michel.prieur@unilim.fr.

² Pós-doutoranda pela Universidade de Limoges/França. Doutora e mestre em Direito pela Universidade de Limoges/ França – reconhecido pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Gestora de sustentabilidade em empresas nacionais e multinacionais, tais como: Vallourec, Saint-Gobain, Vallourec & Sumitomo, Anglo American e Votorantim Energia. Parecerista da Revista da Advocacia-Geral da União (AGU) e do CONPEDI. E-mail: glgarbaccio@hotmail.com.

³ PhD in Environmental Law (Limoges University, France, 2008), Master’s Degree in Environmental and Urban Law (Limoges University, France, 2004), Master’s Degree in Environmental Law (Andalusia Intl. University, Spain, 2000), Graduate in Law (Pontifical Catholic University of Goiás - PUC Goiás, 1998), Lawyer and consultant in Environmental and Urban Law since 2008, Professor and researcher in Law (PUC Goiás, since 2002; Federal University of Goiás, since 2008; Co-director of the Master’s degree program in Law, International relations and development at PUC Goiás, from 2013 until 2016), Associated Professor in Master’s degree programs and researcher (Universidad Nacional del Litoral, Argentina, since 2010; Limoges University, France, since 2011), Member of the Brazilian Environmental Professor Association (APRODAB), Member of the Environmental Commission of the Brazilian Order of Attorneys in Goiás, Member of the International Centre for Compared Environmental Law (CIDCE), Member of the French Society for Environmental Law (SFDE), Member of the Global Observatory of Environmental Regression. E-mail: jose.tietzmann@cidce.org.

l'environnement. Il est ainsi nécessaire d'essayer de trouver, d'une part, des réponses adéquates à cette réalité, par une plus grande participation des travailleurs dans l'adaptation des règles de travail propres à la "chaîne globale de valeur". D'autre part, il est temps de reconnaître amplement l'existence et le besoin d'effectivité d'un droit à l'environnement, y compris en ce qui concerne les conditions de travail. Cette reconnaissance est une condition pour la remise en cause d'un système qui s'est progressivement déshumanisé, au même temps qu'il s'est éloigné de la nature – source des matières premières.

Mots-clés: Relations de travail. Environnement. Post-modernité. Marché global. Chaîne de valeur.

Abstract: This article aims to analyze working relations within post-modernity, comprehending both its social and environmental aspects. In a context of constant evolution of economic relations, juridical, social and political aspects cannot stand still, ignoring a predatory reality of working and environmental conditions. It is thus necessary to try and find, on the one hand, adequate solutions to this reality, which means more participation of workers in the adaptation process of labor norms that are pertinent to the "global value chain". On the other hand, it is time to fully recognize the existence and the need of effectiveness for the human right to the environment, which means also labor conditions. This stands as a condition for questioning a system that has progressively led the human aspect behind, as well as has taken its distances from nature – the source of raw material.

Keywords: Labor relations. Environment. Post-modernity. Global market. Value chain.

INTRODUCTION

Si le monde post-moderne critique certains aspects de la modernité, il est indéniable que le processus de mondialisation qui l'accompagne – économique, sociale, politique, culturelle – a conduit à intensifier les interactions transnationales, axées notamment sur les flux volatiles du capital financier, dans le cadre de ce que Bauman (2011) a nommé de "modernité liquide".

Cette *liquidité post-moderne* se présente dans les incertitudes découlant de ces interactions transnationales, lesquelles peuvent se vérifier tantôt sous l'optique des détenteurs du capital, tantôt sous la perspective de la majorité de la population, qui dépend – directe ou indirectement – des premiers.

De fait, ceux qui détiennent le capital peuvent spéculer librement sur la table d'échecs mondiale, puisque celui-ci flotte librement dans un espace flou, global et non-politiqué, se dirigeant notamment là où se trouvent les nouvelles "terres vierges" pour l'investissement.⁴ Des endroits où il y a de la main d'oeuvre

⁴ Sur le sujet, il convient de citer Bauman (2011, p. 72): "Les conclusions de Firebaugh sont tout à fait d'accord avec le schéma ici ébauché pour capter et expliquer les tendances et les perspectives contemporaines de l'inégalité sociale. Nous ne pouvons sinon répéter avec Crozier que 'ceux qui se trouvent à l'origine des incertitudes exercent la domination', à ce que l'on rajoute qu'ils obtiennent d'importants profits grâce à leur domination sans opposition. Le capital, de libre fluctuation dans des "espaces de flux" (pour utiliser la dénomination célèbre et certaine de Manuel Castells), global et 'non-

abondante, disponible et pas chère et où les exigences en matière environnementale ne se comparent pas à celles des “pays du Nord”.

C’est ainsi que des investissements temporaires et prédateurs se dirigent, par exemple, vers une nouvelle usine chinoise, un projet immobilier en Inde ou encore une exploitation fermière au Brésil, sans que l’investisseur se déplace de chez lui. Il s’agit, d’après Bauman (2011), des “propriétaires absenteïstes”, qui se trouvent à des milliers de kilomètres de distance de leurs investissements et/ou employés et qui ne s’aperçoivent pas de la réalité locale et des conséquences socio-environnementales des bénéfices obtenus à partir de ces investissements.

Pour la population dépendante, ce cadre post-moderne fait de l’incertitude une omniprésence, puisque non seulement les relations de travail, mais aussi leurs conditions de vie, se précarisent.

En effet, au vu de la volatilité des flux de capital,⁵ de l’ample possibilité d’investissements où l’on trouvera de la main d’oeuvre disponible, abondante et pas chère, ceux qui étaient habitués à un régime de travail plus protecteur seront prêts à accepter de nouvelles conditions de travail – moins protectrices et plus éphémères, mais toujours plus intéressantes pour les détenteurs du capital, puisque les règles “à l’ancienne” entraînent des coûts supplémentaires au processus productif.

Sous l’aspect environnemental et ayant des conséquences directes pour le cadre de vie, il faut souligner que l’aspect prédateur des investissements, allié au manque de contrôles effectifs et/ou de réglementation adéquate rend imprévisibles les impacts environnementaux que l’on pourrait espérer d’une activité donnée. Ces derniers peuvent rapidement se convertir dans des vraies catastrophes naturelles, lourdes de conséquences environnementales, mais également humaines. L’exemple récent du barrage minier de l’entreprise Samarco, dans la ville de Mariana, au Brésil, démontre clairement ce type de situation.⁶

Le monde post-moderne est, ainsi, un terrain incertain comparé aux certitudes et à la prévisibilité du passé, ce qui impacte de façon directe les conditions de travail, de protection sociale et, aussi, la qualité de l’environnement.

politisé’, cherche agilement des zones dans le monde où l’on trouve des bas niveaux de vie, propices à être pris pour des ‘terres vierges’: où l’on peut obtenir des avantages d’un profitable différentiel (temporaire et autodestructeur) entre les terres où les revenus sont bas et où l’on ne trouve pas d’institutions d’autodéfense ou la protection étatique pour les pauvres, et les terres qui, exploitées depuis longtemps, souffrent des impacts de la ‘loi des retours décroissants’.”

⁵ Selon Bauman (2010, p. 90): “D’après les calculs de René Passet, les transactions financières purement spéculatives entre monnaies arrivent à 1,3 milliards de dollars par jour, un volume qui est cinquante fois plus important que celui des échanges commerciaux et presque le même que les 1,5 milliards de dollars représentés par les réserves de toutes les ‘banques nationales’ du monde. ‘Aucun État - dit Passet en conclusion - ne peut résister au-delà de quelques jours aux pressions spéculatives des ‘marchés’”.

⁶ La rupture du barrage de déchets miniers de l’entreprise Samarco, dans le village de Bento Rodrigues, à Mariana, dans l’État brésilien de Minas Gerais, en novembre 2015, est considéré comme le plus grand accident du genre dans le monde. Selon le site officiel de l’Entreprise brésilienne de communication (EBC), agence de presse du gouvernement fédéral, il s’agit du plus grand désastre du genre en 100 ans. Le volume des rejets est d’environ 60 millions de mètres cubes, qui ont parcouru plus de 600 kilomètres, endommageant l’environnement naturel et humain du bassin du fleuve “Rio Doce”, dans les États de Minas Gerais, et Espírito Santo (source: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-01/desastre-em-mariana-e-o-maior-acidente-mundial-com-barragens-em-100-anos>, accès le 14.03.2017).

Il en résulte que la protection effective des travailleurs ne peut pas se limiter à ceux qui sont, officiellement, sous le manteau protecteur du Droit, puisque dans ce cadre mondialisé, la restructuration productive du capital a créé et diffusé différentes formes pour les relations de travail. C'est le cas du travail intérimaire, de la sous-traitance ou encore du travail en réseau, distribué de façon transnationale.

C'est ainsi que, d'une part, ce procès de production et d'accumulation du capital, allié aux transformations des relations de travail, à travers l'emploi de nouvelles technologies ou encore l'adoption des nouvelles formes d'aménagement du travail, a conduit à l'effondrement du cadre juridique de protection des travailleurs. Le Droit du travail est ainsi perçu par beaucoup comme étant un obstacle au développement et à la créativité, un ensemble de normes qui est incapable de s'adapter aux besoins dynamiques d'un processus productifs moins hiérarchisé, plus autonome, qui se fait en temps réel et dans un cadre transfrontalier.

D'autre part, les exigences environnementales, tant au plan interne que sur le plan international, la préoccupation vis-à-vis des changements climatiques, les éco-labels destinés à un marché consommateur chaque fois plus averti des conséquences néfastes du non-respect de la protection environnementale, bref, tout cela conduit la protection de l'environnement à représenter, pour plusieurs, un coût supplémentaire dans les processus productifs. Cela est d'autant plus vrai que l'évolution de la normative environnementale dans les pays les plus avancés – notamment –, impacte les coûts de production: ils sont plus élevés par rapport à ce que l'on demande dans les "territoires sauvages", où les règles environnementales sont inexistantes, voire peu observées.

Le grand défi pour le Droit du XXI^{ème} siècle est celui de délivrer une protection normative dotée d'effectivité et d'efficacité, en répondant à la fois aux besoins des organisations, structurées dans des chaînes globales de valeur, et aux exigences socio-environnementales, chaque fois plus présentes dans la scène internationale, imprégnant aussi le cadre juridique des États nationaux.

Au vu de ces éléments, le présent article cherche à présenter les enjeux concernant la mondialisation dans le cadre post-moderne, en s'intéressant, dans une première partie, aux impacts qu'elle exerce sur les relations de travail. Puis, dans une deuxième partie, on présentera les réponses internationales à ces impacts, à partir des règles adoptées au sein de l'OIT. Dans une troisième partie on posera la question d'une approche socio-environnementale des relations transnationales post-modernes.

1 LES IMPACTS DE LA POST-MODERNITE SUR LA RELATION DE TRAVAIL "CLASSIQUE"

La dimension sociale de la mondialisation signifie avant tout renverser la structure hiérarchique qui organise la production, ce qui veut dire renverser également l'autorité et le discours du maître, qui se manifestent dans la subordination traditionnelle de l'employé à l'employeur. Une nouvelle forme de relation de travail apparaît alors, caractérisée par un *leader*, positionné horizontalement dans la hiérarchie d'une nouvelle structure productive, qui est

dynamique, mais instable. Ce modèle, source de créativité et partisan de la non-bureaucratization, doit faire face à l'absence d'orientation permanente et, ainsi, de prévisibilité.

En quête d'illustration, Rüdiger fait appel à la comparaison faite par Lacan entre les théories psychanalystes de Freud, la hiérarchie de l'industrialisation et le "discours du maître". La post-modernité aurait substitué ce dernier par le "discours de l'analyste":

Pour Lacan, qui s'est intéressé à éclairer le jeu entre l'exercice du pouvoir et la révolte, si présente dans les conflits de travail, le capitalisme se fonde sur le "discours du maître" [...] Dans les relations de travail il est évident que le discours du capitalisme est l'un des discours du maître. L'image du capitaliste entrepreneur est devenue indispensable au long de l'histoire de l'industrialisation [...] il est son "vrai maître". Il apparaît dans l'article 2 de la CLT comme celui qui dirige la prestation personnelle des services. La direction et l'exercice du pouvoir d'ordonner semblent être indispensables au fonctionnement de l'entreprise. Nous sommes, en outre, dans le capitalisme, en face d'une structure, c'est-à-dire, le marché et saréalité juridique, où il y a un échange d'équivalents. La plus value est produite comme quelque chose qui n'apparaît pas dans les chiffres d'équivalences économiques et juridiques. Le travailleur est un vrai sujet partagé, au sens lacanien: citoyen, par sa condition politique et, ainsi, apparemment autosuffisant, il est sous les ordres du capital. [...] La proposition lacanienne n'est pas de se révolter contre le maître, mais un changement éthique à partir du "discours de l'analyste", l'opposé du discours du maître, mais l'envers du discours du maître. Au centre de ce discours figurent les déconcertions, les erreurs, les crises. C'est à partir de leur compréhension que nous avons la possibilité de remettre en cause ce qui semblait être évident jusqu'à présent. Une fois questionné ce qui est évident, nous pouvons réinventer le monde, puisque le "vrai maître" qui, dans le discours, domine la scène, est aussi "la loi". Elle peut être questionnée et transformée, constituant d'autres liens sociaux dans le travail. (RÜDIGER, 2012, p.19)

Ces nouveaux liens sociaux, noués à partir des relations de travail dans un scénario mondialisé ont des impacts, évidemment, sur le cadre de vie. Ces impacts qui sont souvent négatifs pour leurs destinataires, qui sont les employés.

Il faut, toutefois, prendre en compte d'autres facteurs qui ne permettent pas de standardiser les impacts de la mondialisation, puisque, d'après Santos, ce processus:

[...] interagit de manière très diversifiée avec d'autres transformations dans le système mondial qui s'opèrent de manière concomitante; c'est le cas de l'augmentation dramatique des inégalités entre les pays riches et les pays pauvres et, à l'intérieur de chaque pays, entre riches et pauvres, la surpopulation, la catastrophe environnementale, les conflits ethniques, la migration internationale massive, l'émergence des nouveaux États et la faillite ou l'implosion d'autres États, la prolifération de guerres civiles, le crime globalement organisé, la démocratie formelle comme une condition politique pour l'assistance internationale etc. (SANTOS, 2011, p. 26)

Il convient ainsi de rappeler les caractéristiques de la relation de travail “classique” pour, ensuite, vérifier comment la *liquidité* du monde post-moderne l’a précarisé.

a. La relation de travail classique: caractéristiques

La relation d’emploi traditionnelle se caractérise par le pouvoir de direction de l’employeur et la subordination de l’employé. Ceci étant le résultat d’un processus historique qui a marqué la construction sociale hiérarchique qui s’est manifestée dans différents aspects et moments de l’histoire humaine, depuis la famille patriarcale jusqu’aux structures de gouvernement et de pouvoir – selon la pyramide kelsenienne de la hiérarchie des normes.

Ainsi, dès la révolution industrielle les travailleurs sont devenus dépendants des machines et soumis aux ordres patriarcales du patron. Ce discours capitaliste, le fondement des relations de travail, s’est installé en tant qu’un élément psychique inconscient, faisant allusion à la figure du patriarche, voire du père:

Selon le point de vue freudien, l’entrepreneur-patron compte sur le travail d’hommes et de femmes qui ont inséré l’autorité paternelle dans leur inconscient. Pour Freud, le superego est un essai pour résoudre le conflit entre la pulsion de vouloir jouir sa propre vie, pour laquelle le père est un obstacle et l’inculpation par le désir de sa mort. À côté de la loi du patron, il y a le contrat qui doit être honoré au nom d’une convivialité pacifique. Plus qu’une figure paternelle, l’entrepreneur patron est devenu un paradigme de la pensée, un “important” maître de l’inconscient. Le chef d’entreprise semble indispensable pour donner la direction en face des surprises et incertitudes du marché. D’autre part, l’image du “patron” indispensable est le point de départ pour un discours autoritaire qui cache la production de la plus value et son appropriation par le capital. (RÜDIGER, 2012, p.20)

Les normes de Droit du travail venues à la fin du XIX^{ème} et du XX^{ème} siècles ont voulu limiter le pouvoir de l’employeur, visant à réduire l’expropriation du travailleur. Dans plusieurs pays européens, ces normes ont été le résultat de luttes sociales et de négociations collectives. Au Brésil, les règles du travail ont été octroyées par le gouvernement, lançant les bases du capitalisme sur les ruines d’une économie basée sur la main d’oeuvre esclave. En tout état de cause, il faut constater que la relation de travail, dans son essence, était encore basée sur la dépendance et l’inégalité. La modernisation de ces règles, dans un contexte post-moderne, exige la création d’autres liens, à la fois non-autoritaires et capables de protéger le travailleur, et pas l’emploi.

La réglementation du travail au XXI^{ème} siècle exige l’uniformisation des règles, l’adoption de standards publics et privés, obligatoires mais aussi volontaires, capables de garantir la sécurité juridique aux entreprises, conduisant au développement économique, sans pour autant ignorer la responsabilité socio-environnementale. Il s’agit, sans aucun doute, d’un défi complexe, où l’on cherchera

à partager les bénéfices entre les oppresseurs et les opprimés du système de production mondialisé. Toutefois, il n'est pas question d'appliquer des réglementations propres à d'autres modèles de mondialisation, comme l'indique clairement Baldwin, en parlant du modèle du XIX^{ème} siècle:

In the 1800s, globalization leaped forward when steam power and international peace lowered the costs of moving goods across borders. This triggered a self-fueling cycle of industrial agglomeration and growth that propelled today's rich nations to dominance. That was the Great Divergence. The new globalization is driven by information technology, which has radically reduced the cost of moving *ideas* across borders. This has made it practical for multinational firms to move labor-intensive work to developing nations. But to keep the whole manufacturing process in sync, the firms also shipped their marketing, managerial, and technical know-how abroad along with the off shored jobs. The new possibility of combining high tech with low wages propelled the rapid industrialization of a handful of developing nations, the simultaneous deindustrialization of developed nations, and a commodity supercycle that is only now petering out. The result is today's Great Convergence. Because globalization is now driven by fast-paced technological change and the fragmentation of production, its impact is more sudden, more selective, more unpredictable, and more uncontrollable. As *The Great Convergence* shows, the new globalization presents rich and developing nations alike with unprecedented policy challenges in their efforts to maintain reliable growth and social cohesion. (BALDWIN, 2016, p. 12)

Dans une dernière analyse, la mondialisation fonctionne par le simple fait que la production ou bien la prestation de services est moins chère dans certains pays, par rapport à d'autres. Le coût de la main d'oeuvre est le responsable pour une partie considérable de ces différences, mais, d'une façon générale, il y a une grande résistance politique à la libéralisation du flux de personnes à travers les frontières. La migration massive de personnes se présente comme une menace, même si les avancées technologiques rendent chaque fois plus aisé le travail à distance, notamment quand les technologies liées à la télérobotique et à la téléprésence seront plus accessibles. Ces technologies sont nommées par Baldwin comme étant du *virtual off shoring* ou la *telemigration*. Cette réalité, qui nous est proche, exige de nouvelles formes de réglementation, tant au niveau national qu'au niveau international.

b. L'aperçu post-moderne des relations de travail: *quid* pour les travailleurs?

La mondialisation de la fin du XX^{ème} siècle, alliée à la faiblesse des coûts de transport et à l'échange d'informations rapides, a rendu possible le fait que la production se partage dans des réseaux transnationaux. Cela a modifié profondément les moyens de production, comme les relations de travail, sans ignorer les impacts environnementaux, chaque fois plus diffus au vu de cette production en réseau.

En effet, si les grandes entreprises étaient auparavant des institutions organisées et administrées par une hiérarchie rigide, dans des grands établissements

productifs où la direction siègeait – en suivant le modèle fordiste -, la production s’est modifiée pour se faire à la demande.

Il s’agit du modèle *toyotiste*, qui compte des lignes de production partout, dans des petits établissements productifs qui se connectent en réseau avec l’entreprise principale. Dans ce modèle de production, on n’utilise que l’essentiel en ressources, installations et main d’oeuvre. Tout est géré dans le moindre détail, visant à éviter le gaspillage. C’est un réseau qui ne marche bien qu’en concertation avec les besoins productifs. À cet égard, Bauman affirme:

En contraste avec ses descendants d’un siècle plus tard, le vieux Henry Ford n’avait pas dans ses mains “l’arme de l’insécurité” suprême, c’est-à-dire, l’option d’envoyer sa richesse à d’autres endroits: des endroits pleins de personnes prêtes à subir sans aucune plainte n’importe quel régime de travail, y compris le plus cruel, en échange de n’importe quel salaire, y compris le plus misérable; de façon similaire à ses ouvriers, le capital de Ford était “fixé” à un endroit, submergé dans une machinerie lourde et volumineuse, fermé entre les hauts murs de son usine. Les deux parties avaient pleine conscience d’un secret de polichinelle: que leur dépendance est mutuelle, puisqu’elles devraient rester ensemble pendant longtemps (BAUMAN, 2011, p. 63)

En tout état de cause, la transformation dans la gestion du travail entraînée par le changement du modèle de production a conduit le travail instable qui abondait dans les grandes productions à être remplacé par un minimum de travailleurs polyvalents un peu partout, dont les tâches pourraient être sous-traitées à des intérimaires, en cas de besoin, toujours selon la demande du marché.

Étant donné que les ouvriers toyotistes ne se trouvent plus enfermés dans un seul bâtiment et qu’ils n’ont plus d’échanges personnels avec d’autres groupes de collègues, ils ont vu l’affaiblissement de leurs organisations de classe et, par conséquent, des modifications considérables dans leurs relations individuelles et collectives de travail.

Ferreira parle d’un modèle post-fordiste, en soulignant la “perte de la dimension collective des relations de travail”:

La perte de la dimension collective des relations de travail et du droit du travail se présente très clairement quand nous prenons par référence les transformations des formes de production, d’une part, et les transformations perçues par les systèmes des relations industrielles, d’autre part. Quant aux premières, elles peuvent s’identifier par la discussion autour de la transition du paradigme fordiste ou de la production en masse vers le paradigme post-fordiste, ou celui de la spécialisation flexible. L’une des conséquences de ce nouveau modèle productif technico-organisationnel est celui de remettre en cause les frontières des organisations traditionnelles et des formes d’emploi, notamment par une autonomie plus importante pour les entreprises et pour leurs plans de gestion du personnel. (FERREIRA, 2011, p. 273)

Ceci est d’autant plus vrai quand on note que les relations juridiques de cette production en réseau ne sont plus menées par les contrôleurs, les actionnaires, les investisseurs, mais par les contractants. Ces derniers ont le vrai pouvoir de

stipuler les clauses contractuelles qui baliseront les relations juridiques entre les parties, tout comme la dynamique des processus productifs eux mêmes.

Les contractants sont ainsi les entreprises dites *leaders*, stratégiquement placées – et ainsi privilégiées – dans le marché. Ces industries ont donc le contrôle de la production, puisqu’elles se trouvent à la fois au début et à la fin du processus, dans une *chaîne globale de valeur*: elles passent la commande des pièces détachées aux producteurs, lesquelles seront remis au bout de la chaîne de production, dûment assemblées, dans un produit fini.⁷

Tout cela n’est possible que par les avantages de la technologie de la communication, du faible coût des transports, du travail à distance, faisant que l’organisation du travail dans ces réseaux ne se limite plus à des sites spécifiques et que les risques liés aux aléas des travailleurs ne sont plus limités. En effet, on n’embauche plus des travailleurs, mais on contracte des fonctions, des tâches, des objectifs à atteindre.

Les conséquences pour les contrats de travail, comme pour le droit du travail en soi, sont lourdes, comme le souligne bien Ferreira, mentionnant que cette branche du droit finit par succomber devant les exigences du marché, y compris dans un cadre où l’on trouve plein de possibilités d’emploi:

L’absence d’opportunités d’emploi, mettant en évidence le déséquilibre entre l’offre et la quête de main d’oeuvre, remet un cause l’un des traits prédominants du “droit du travail classique”. Le fait est que, même dans une période de plein emploi, le droit du travail, dont le but principal est celui de protéger la partie socialement la plus faible, le travailleur, ne trouvera des conditions d’effectivité seulement quand il fondera son pouvoir dans la capacité d’offrir son travail dans le marché de travail. Dans ces termes, si la capacité d’offre de travail est moindre, l’effectivité du droit du travail le sera également, faisant que la condition citoyenne du travailleur le sera également. (FERREIRA, 2011, p. 272).

Il s’agit, enfin, d’une vraie modification dans la relation spatio-temporale concernant la production et les moyens pour qu’elle se fasse: les usines non seulement se délocalisent mais elles s’éparpillent dans plusieurs territoires, les processus productifs, comme les stocks, sont prévus *just-in-time*, selon les besoins du marché. C’est le cas, également, pour les opportunités et les règles du travail, devenues moins sûres:

Le système de chaînes de valeur mondiales crée des gagnants et des perdants, à l’intérieur des pays et des secteurs d’activité, tout comme d’un pays et d’un

⁷ Il s’agit, selon Thorstensen et Ferraz (2014) de la production dans une chaîne globale de valeur, par le fait que le produit final aura passé par différentes étapes, chacune d’entre elles adossant de la valeur au résultat – produit fini. À chaque étape, le producteur acquiert des matières premières et s’empare des moyens de production. Ce que l’on paye par ces facteurs de production déterminera la valeur adossée au produit. Le même processus est répété à chaque nouvelle étape et le passé sera pris en compte comme coût de valeur adossé pour la prochaine étape de la chaîne. Cet ensemble d’étapes peut se faire par une ou par plusieurs entreprises, dans un même État ou pas, établissant une chaîne productive.

secteur à l'autre. La nature libre des chaînes de valeur mondiales peut diminuer la sécurité de l'emploi et accroître la pression à la baisse des coûts exercée sur les gouvernements et les sous-traitants. Cette pression est alors répercutée sur les salaires et les conditions de travail, notamment de la main-d'œuvre peu qualifiée. Les pays en développement sont aussi confrontés au risque de se trouver piégés dans des structures à faible valeur ajoutée des chaînes de valeur mondiales qui limitent les débouchés, le développement des compétences et l'exposition aux technologies.[...] Les pressions du marché transmises à travers les chaînes de valeur mondiales sont généralement absorbées par les travailleurs, au niveau des salaires (poussés à la baisse par la concurrence mondiale), dans des emplois de moins en moins formalisés et à insécurité contractuelle croissante (multiplicité des chaînes de sous-traitance) ou dans les licenciements (pendant les périodes creuses). Les multinationales dépendent de plus en plus d'effectifs privés de leurs droits, c'est-à-dire d'un panachage de contrats à durée déterminée, de travailleurs temporaires, de sous-traitants indépendants, de travailleurs recrutés pour des projets précis et de travailleurs extérieurs pour assurer la flexibilité de la production et maîtriser les coûts. La participation aux chaînes de valeur apporte à certains des emplois sûrs et décents, mais un travail plus précaire à d'autres (même dans le même pays et le même secteur), créant une espèce de «dualisme du travail». (PNUD, 2015, p. 9)

Devant ce scénario mondialisé et liquide, rempli d'incertitudes tourné vers les maillons les plus faibles de la chaîne – les travailleurs, mais aussi la société à part entière, puisque les coûts socio-environnementaux ne sont pas pris en compte dans ce mécanisme - se trouve l'OIT et les règles internationales concernant la protection du travail.

2 L'OIT ET LA QUETE DE REPONSES AUX ENJEUX DU TRAVAIL POST-MODERNE

On présentera l'Organisation Internationale du Travail, à partir d'un bref aperçu de son parcours, en énumérant et commentant les conventions les plus importantes, au vu du sujet que l'on aborde ici.

a. L'OIT: origines et parcours

L'Organisation Internationale du Travail (OIT) a été créée en 1919 par le Traité de Versailles, au moment où l'on créa la Société des Nations. Il s'agit d'une organisation internationale dont les objectifs visent “à créer des conditions de liberté et dignité, sécurité économique et égalité de chances, où ‘tous les êtres humains, sans distinction de race, croyance ou sexe, aient le droit de poursuivre leur bien-être matériel et leur développement spirituel’” (CASALE, *apud* ROMAR e MASSONI, 2016, p. 53).

L'OIT dispose d'une composition tripartite et unique parmi les organisations internationales, puisque “chaque délégation d'État membre est composée de 4 personnes: deux représentants du Gouvernement concerné, un

représentant des employeurs et un des employés, pour que ses décisions disposent d'un caractère paritaire" (FRANCO FILHO e MAZZUOLI, 2016, p. 15).

Son action normative est très intense, étant donné qu'il s'agit d'une organisation internationale responsable de la formulation et la mise en oeuvre des règles qui constituent le droit international du travail - les conventions et les recommandations adoptées à son initiative. Les conventions, dès qu'elles sont ratifiées selon la réglementation propre à chaque État national, intègrent leur cadre normatif.

L'OIT a adopté six conventions, visant à : limiter la durée du travail à 8 heures par jour et 48 heures hebdomadaires; protéger la maternité; combattre le chômage; définir l'âge minimum de 14 ans pour exercer le travail dans l'industrie ; interdire le travail nocturne de femmes et mineurs. La Commission d'Experts, composée de juristes indépendants, a été créée en 1926, ayant pour fonction d'examiner les rapports envoyés par les États concernant l'application des conventions qu'ils ont ratifié.

L'Organisation adopta en 1944 la Déclaration de Philadelphie, autrement dit, la Charte des principes et des objectifs de l'OIT. Ce document affirme que la paix permanente ne peut se faire que sur la base de la justice sociale, considérant que le travail étant une source de dignité, il ne peut pas être pris pour une marchandise. Elle affirme également que pauvreté constitue une menace pour la prospérité de tous et que tous les êtres humains ont le droit de poursuivre leur bien-être matériel dans des conditions de liberté, de dignité, de sécurité économique et d'égalité d'opportunités.

La Déclaration des Droits et des principes fondamentaux du travail a été adoptée en 1998, affirmant le respect de la liberté syndicale et le droit d'association, outre la reconnaissance effective du droit de négociation collective. Le texte affirme aussi parmi ses principes l'élimination de toutes les formes de travail forcé ou obligé, l'éradication du travail des enfants et l'élimination de la discrimination en matière de chômage et d'occupation.

Dix ans plus tard l'un des plus importants documents de l'OIT a été adopté: la Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable. À l'époque on comptait 195 millions de chômeurs et environ 1,4 milliard de personnes occupés qui touchaient moins de 2 dollars par jour (ce qui caractérise la limite de la pauvreté); 20% de ces personnes touchaient moins d'un dollar par jour (c'est la ligne de l'extrême pauvreté). En outre, huit parmi dix personnes n'avaient pas accès à la sécurité sociale (OIT, 2007).

Ces chiffres sont le résultat d'un processus de mondialisation injuste et inéquitable, dont le résultat le plus évident apparaît dans la distribution inégale des bénéfices entre les pays et parmi les classes sociales dans chacun d'entre eux. Bauman (2010, p. 95) rappelle dans son ouvrage que "Le dernier rapport sur le développement humain de l'ONU indique que la richesse totale des premiers 358 'multimillionnaires globaux' équivaut à la somme des revenus des 2,3 milliards des personnes les plus pauvres, c'est-à-dire, 45% de la population globale".

Il faut reconnaître que cette situation n'a pas tellement changé, comme le démontre bien le *Global Wealth Report*, publié par le Crédit Suisse:

North America and Europe together account for 65% of total household wealth, but contain only 18% of the adult population. [...] The discrepancy is modest in the Asia-Pacific region (excluding China and India), where 24% of global adults own 21% of global wealth. Elsewhere, the disparity between population and wealth is quite striking. Despite enormous gains this century, China accounts for 21% of the adult population of the world, yet only 9% of global wealth. The ratio is similar for Latin America: 8% to 3%. For Africa and India however, the population share exceeds the wealth share by a factor of more than ten. (Crédit Suisse, 2016 p. 6)

Wealth varies greatly across individuals in almost every part of the world. Our estimates suggest that the lower half of the global population collectively owns less than 1% of global wealth, while the richest 10% of adults own 89% of all wealth, with the top 1% accounting for half of all global assets. (*Idem*, p. 12)

Le rôle de l'OIT est ainsi plus que jamais important dans un scénario où les relations de travail se précarisent et, par conséquent, l'être humain, se voit dépourvu de sa dignité. Il faut constater, néanmoins, qu'en l'absence de sanctions internationales en cas de non respect, l'efficacité des règles internationales concernant le droit du travail est pour le moins réduite.

Toutefois, les règles internationales orientent la construction des cadres normatifs nationaux, rendant possible le respect des orientations qui émanent de l'OIT et, par conséquent, le respect à la dignité du travailleur.

Même s'ils ont des difficultés pour leur mise en oeuvre, faute de sanctions en cas de leur non-respect, les traités internationaux adoptés par l'Organisation internationale du travail (OIT), les conventions internationales du travail, constituent, dès 1919, une base normative pour un droit du travail mondial. Ces conventions, ces recommandations et la déclaration de ces principes sont des plateformes politiques qui visent un minimum de dignité pour les travailleurs. Et, malgré le fait que l'OIT ne dispose pas de moyens juridiques pour faire valoir ses normes, elle est une instance politique importante dans le scénario mondial, aussi par sa base de données concernant le travail dans le monde, par les analyses qu'elle fait de ces données et par sa militance. (RÜDIGER, 2008, p.161)

À cet égard et notamment en ce qui concerne les connexions entre mondialisation, travail et environnement, il convient de relever les conventions de l'OIT qui abordent le sujet, tout en soulignant leur importance en tant que bastions normatifs internationaux dans le cadre post-moderne dans lequel on vit.

b. Les conventions les plus importantes concernant les conditions du travail

Si l'on prend en compte la notion d'environnement, il est clair que l'on pense tout de suite à la nature et à tout ce que comprend l'environnement naturel,

comme la faune, la flore ou encore les ressources naturelles. Il faut prendre en compte, néanmoins, que parler d'environnement veut également dire prendre en compte le milieu humain, avec les biens qui lui sont pertinents.

Ce milieu comprend aussi un environnement particulier, qui est celui dans lequel le travailleur développe ses activités. Il s'agit, selon Soares:

[...] de tout ce qui concerne “l’habitat” du travail [...] notamment le lieu de travail (ouvert ou fermé, interne ou externe) et les alentours qui y interfèrent; les pratiques et les méthodes de travail; l’ergonomie; l’édition, le respect et le contrôle des normes de santé, sécurité et hygiène du travail; la mise en place des mesures préventives de maladies et d’accidents du travail; l’avertissement aux travailleurs et aux entrepreneurs sur le besoin d’entretenir un environnement de travail adéquat; l’adoption d’équipements de protection pour le travailleur, qu’ils soient individuels ou collectifs; l’interdiction de machines et équipements qui puissent entraîner des maladies ou porter un danger de mort; l’abolition du contact avec des substances nocives à la santé, etc. [...] il faut comprendre l’environnement du travail sans pour autant restreindre la conception de travail à “l’activité qui se caractérise par le lien de subordination”. (SOARES, 2004, p. 83)

L’environnement du travail peut entraîner des risques, inhérents à toute une gamme d’activités - l’exploitation pétrolière, la production d’énergie, l’extraction minière, le secteur des transports, la construction civile etc. -, ayant un impact (positif ou négatif) sur le travailleur et sur le processus productif.

La pratique de la relation de travail, les différentes pressions que le travailleur subit quotidiennement, combattant “dans une guerre économique, [où] ils doivent se destituer de leurs solidarités et de leur subjectivité, ignorant leur propre souffrance et, par conséquent, celle des collègues” (MACÊDO *et al*, 2016, p. 23) conduit également à des situations de dégradation de l’environnement de travail. Il s’agit d’une dégradation psychologique, certes, mais qui compte en tant que facteur psychosocial de risque dans l’environnement du travail. Notamment quand on prend en compte que le travail est “la pierre angulaire de l’ordre et de l’intégration sociales et aussi le facteur déterminant de la santé, de la qualité de vie et du bien-être collectif” (BLANCH, *apud* LACAZ, 2016, p. 47).

Ces “risques du métier”, configurant des pressions exercées sur les travailleurs, entraînent des risques plus ou moins élevés d’accidents du travail et, par conséquent, peut conduire à des catastrophes technologiques. Les victimes, dans ces cas, ne seront pas uniquement les travailleurs, mais aussi la société à part entière, dans la mesure où l’on parle souvent d’une dégradation massive de l’environnement.⁸

Au vu de ses objectifs et de sa composition particulière (cf. supra), tout comme des chiffres concernant les accidents et les affections de la santé liés aux

⁸ Les exemples de la plateforme pétrolière Deep Horizon, des usines nucléaires de Tchernobyl et Fukushima, l’affaire Cogema concernant l’exploitation d’uranium en France ou encore l’affaire Samarco au Brésil (cf. supra), les accidents avec les pétroliers Erika ou Prestige, tout comme les accidents récurrents et journaliers dans la construction civile, donnent l’idée de l’ampleur du sujet.

conditions de travail, l'OIT s'est préoccupé très tôt de ces dernières et, partant, de l'environnement du travail.⁹

À cet égard, il convient de souligner au moins cinq conventions qui concernent le sujet, adoptées dès la seconde moitié du siècle dernier. Il s'agit des conventions numéros 115 (1960), 136 (1971), 162 (1986), 170 (1990) et 187 (2006).¹⁰

La première d'entre ces normes, entrée en vigueur en 1962, cherche à protéger les travailleurs des radiations ionisantes au cours de leur travail, imposant aux États de prendre, "à la lumière de l'évolution des connaissances, toutes les mesures appropriées [...] pour assurer une protection efficace des travailleurs contre les radiations ionisantes, du point de vue de leur santé et de leur sécurité". (art. 3.1). Parmi les mesures de protection prévues à l'article 4 et suivants, on notera la préoccupation avec la réduction, "au niveau le plus bas possible [de] l'exposition des travailleurs à des radiations ionisantes [, ...] toute exposition inutile [devant] être évitée" (art. 5), ce qui exige la fixation des niveaux appropriés, tout comme la signalisation, dans les locaux de travail, des risques inhérents à l'exposition aux radiations ionisantes (articles 8 à 10). Les travailleurs doivent, enfin, passer par des contrôles périodiques, visant à garantir le respect des normes qui auront fixés les limites pour l'exposition (articles 11 et 12).

La Convention 136, en vigueur depuis 1973, concerne la protection des travailleurs contre les risques d'intoxication dus au benzène, établissant des obligations aux États en vue de réglementer l'utilisation de ce produit, que ce soit dans sa forme originelle ou bien des sous-produits qui contiennent tout au moins 1% de benzène. Les États doivent ainsi établir les conditions pour l'utilisation de ce produit, adoptant "des mesures de prévention technique et d'hygiène du travail [...] afin d'assurer une protection efficace de travailleurs exposés au benzène ou à des produits renfermant du benzène". (art. 5). Au nom de cette protection, le texte parle d'interdiction aux femmes enceintes ou en allaitement de travailler avec ce produit. Il doit y avoir, en outre, une identification claire des produits qui contiennent du benzène (art. 12).

La Convention 162 concerne la sécurité dans l'utilisation de l'amiante. Elle est en vigueur depuis 1989, s'appliquant "à toutes les activités entraînant l'exposition à l'amiante des travailleurs, à l'occasion du travail" (art. 1.1). Le texte exige des États l'adoption d'une législation nationale contenant "les mesures à prendre pour prévenir et contrôler les risques pour la santé dus à l'exposition professionnelle à l'amiante et pour protéger les travailleurs contre ces risques" (art. 3.1). Cette

⁹ Selon l'OIT, un ouvrier meurt en raison d'une maladie ou d'un accident du travail toutes les 15 secondes. Dans ce même intervalle de temps, 160 ouvriers sont victimes d'un accident du travail. Cela fait que l'environnement du travail compte environ 2,3 décès annuels, qui trouvent leur origine dans des accidents (environ 350 mille) et des maladies qui découlent des conditions/de l'environnement de travail (autour de 2 millions). Il y a ainsi 313 millions d'accidents du travail par an, ce qui impacte financièrement avec environ 4% du PIB mondial. (Disponible sur <http://ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/lang-en/index.htm>, accès le 11.03.2017).

¹⁰ On n'ignore pas les nombreuses recommandations de l'OIT concernant les conditions et l'environnement du travail. Elles ne seront pas abordées ici au vu de leur grand nombre et de l'espace dont on dispose pour ce faire.

normative doit être constamment revue, “à la lumière des progrès techniques et du développement des connaissances scientifiques” (art. 3.2), faisant allusion, à maintes reprises, au besoin de substituer l’amiante par d’autres matériaux, moins nuisibles à la santé. Le flocage d’amiante, comme l’utilisation du *crocidolite* et des produits contenant cette fibre doivent être interdits (arts. 11 et 12).

Pour la Convention 170, “concernant la sécurité dans l’utilisation des produits chimiques au travail”, elle s’applique “à toutes les branches d’activité économique où l’on utilise des produits chimiques” (art. 1.1), comprenant les produits chimiques “courants”, comme les dangereux. Selon l’article 2, (c), la Convention s’applique à:

[...] toute activité professionnelle qui pourrait exposer un travailleur à un produit chimique, y compris:(i) la production des produits chimiques;(ii) la manipulation des produits chimiques;(iii) le stockage des produits chimiques;(iv) le transport des produits chimiques; (v) l’élimination et le traitement des déchets de produits chimiques; (vi) l’émission de produits chimiques résultant d’activités professionnelles;(vii) l’entretien, la réparation et le nettoyage du matériel et des récipients utilisés pour des produits chimiques; [...]

Ce texte, en vigueur depuis 2003, correspond à certains traités internationaux en matière environnementale, comme la Convention sur le Contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (Bâle, 1989), la Convention sur l’interdiction d’importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontaliers et la question des déchets dangereux produits en Afrique (Bamako, 1991), le Protocole sur les Registres des Rejets et Transferts de Polluants (Kiev, 2003), ou encore, dans le cadre communautaire, le règlement REACH, qui concerne la protection de la santé humaine contre les risques liés aux substances chimiques.¹¹

On souligne, enfin, la Convention 187 sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail, en vigueur depuis 2009. Cette norme impose aux États de:

[...] promouvoir l’amélioration continue de la sécurité et de la santé au travail pour prévenir les lésions et maladies professionnelles et les décès imputables au travail par le développement, en consultation avec les organisations d’employeurs et de travailleurs les plus représentatives, d’une politique nationale, d’un système national et d’un programme national. (art. 2.1)

Il s’agit d’atteindre “progressivement un milieu de travail sûr et salubre”, reconnaissant aux travailleurs un droit à l’environnement de travail dans de telles conditions. Autrement dit, la Convention s’en remet expressément au droit à l’environnement, en ce qui concerne spécifiquement l’environnement du travail. Le lien avec la normative environnementale est ainsi clair, comme nous allons le voir.

¹¹ Pour plus d’informations, consulter le site de l’Agence européenne des produits chimiques: <https://echa.europa.eu/fr/regulations/reach>, accès le 11.03.2017.

3 POST-MODERNITE, TRAVAIL ET ENVIRONNEMENT: DES SUJETS CONCILIAIBLES

La dernière partie de cet article vise à confronter le monde post-moderne à la protection du travail et de l'environnement, y compris, évidemment, l'environnement du travail. Le titre pourrait faire douter de la possibilité de concilier travail et environnement.

En fait, à partir du moment où l'on considère qu'il doit y avoir une remise en cause du modèle actuel de développement, il n'y a pas moyen de trouver un équilibre entre la voracité du "marché", d'une part, et le besoin d'une plus grande fraternité entre peuples, au nom de la garantie des droits de l'homme, y compris le droit de vivre - et de travailler - dans un environnement sain.

L'approche se fera en deux parties, présentant, d'abord, une proposition concernant les relations de travail face aux impacts sociaux dus aux délocalisations, pour aborder, ensuite, le droit à l'environnement en tant que composante essentielle du cadre global des droits de l'homme, avec une résonance et une interaction certaine en ce qui concerne les conditions de travail et plus largement la qualité environnementale dans son ensemble.

a. Une réponse collective aux impacts sociaux des délocalisations

Si les relations de travail ont changé avec le cadre mondialisé de l'économie, ce changement est venu de leur déshumanisation. De fait, on peut constater que le travail se précarise, qu'il y a une baisse des revenus, que les inégalités sociales se creusent, que les actionnaires ont toujours leur voracité au nom du profit, que l'insécurité de l'emploi est à l'ordre du jour et, enfin, qu'on a besoin de "travailler plus pour gagner plus".

À cet égard Habermas parle de la pénétration de la logique du monde systémique - dans lequel se trouvent les relations de travail - dans le monde dit "de la vie" - composé par l'espace social des individus. Heloani (2016, p. 85), en s'appuyant sur ce récit, met en garde, en affirmant:

Il se trouve que dans le monde systémique, les interrelations ont lieu sur la logique du coût-avantage, autrement dit, les arguments sont négligés au bénéfice du prix, du coût et, dans le haut de la pyramide, du profit. Quand cette logique est appliquée dans le monde de la vie, le danger majeur s'installe. Et il devient nécessaire de lutter pour la citoyenneté. Ce processus de [...] colonisation du monde vécu par le monde systémique, consiste dans la domination de l'interaction [...] par les impératifs systémiques de l'économie et de l'administration capitaliste. La rationalité communicative s'exclut, progressivement, et l'ordre systémique passe à ordonner nos vies.

En effet, la logique de la liquidité du monde post-moderne ne peut pas être le Nord à suivre, ni en ce qui concerne les relations de travail, moins encore dans le

cadre de la vie privée. Ainsi, étant donné qu'on ne peut pas manger du PIB,¹² il est nécessaire que les relations de travail soient plus humanisées.

Edgar Morin (2013, p. 319), en abordant les relations de travail, énonce que “la grande voie pour les réformes est celle de l’humanisation et/ou de la re-humanisation du travail”, présentant tout au moins trois propositions concernant les relations de travail au niveau planétaire. La première concerne le besoin de règles effectives pour garantir la liberté syndicale partout dans le monde; la seconde, serait de sanctionner au niveau commercial les pays où les conditions de travail ne respectent pas les standards internationaux, notamment dans les cas où l’on trouve des situations analogues à l’esclavage; enfin, par le biais d’une fédération syndicale mondiale, il faudrait généraliser le contrôle des entreprises multi- et transnationales par des accords collectifs, dont le champ d’action serait universel.

Les syndicats, dans un cadre mondial, ont une plus grande légitimité et une vision globale pour articuler les intérêts transnationaux et diffus qui échappent aux instances législatives et politiques traditionnelles. C’est également le cas d’autres acteurs collectifs globaux – les réseaux d’entreprises, les organisations internationales, les ONG’s internationales – qui doivent être aussi reconnus en tant que sujets capables d’articuler de nouveaux liens sociaux dans une société post-moderne.

La négociation collective de travail est le résultat de l’autonomie privée, elle représente les intérêts généraux et diffus des groupes qui s’y trouvent représentés. Ainsi, dès qu’il n’y a pas d’affrontement de l’ordre public, elle doit être respectée:

La négociation collective de travail [...] est un effet qui découle [de l’autonomie privée] et de son expression. L’autonomie privée collective est le pouvoir social des groupes représentés pour auto-réguler leurs intérêts généraux et abstraits, l’État reconnaissant l’efficacité pleine de cet accord au bénéfice de chacun, en plus ou malgré les règles étatiques – tant qu’il ne contredit pas l’ordre public. (TEIXEIRA FILHO, 2005, p. 1189).

La négociation collective, en outre, a la fonction sociale de stimuler la participation du travailleur dans les processus décisionnels concernant la gestion de l’entreprise, ce qui contribue à l’éducation concernant non seulement les règles de gestion “classiques”, mais aussi, par exemple, les principes du développement durable, à toutes les échelles de l’entreprise. Le travailleur qui s’engage dans les décisions qui détermineront son avenir dans son environnement de travail sera plus capable et doté de pouvoir pour défendre ses intérêts – qui sont ceux d’une classe toute entière:

¹² Ici on fait une allusion au livre de Eric. A. Davidson, intitulé “You can’t eat GNP”, où l’auteur reconnaît que “Our current system values the growth of gross national product over conservation of essential natural resources, and it falsely separates the economic system from the ecological system upon which our well-being depends” (p. 214). Il n’est pas faux d’ajouter que l’être humain, qui est toujours en quête de son bien-être, dépend de manière profonde d’un environnement de qualité, capable de lui offrir également la santé, physique et mentale.

Il incombe encore (à la négociation collective) une fonction sociale de garantie de la participation des travailleurs au processus de décision de l'entreprise, au profit de la normalité des relations collectives et de l'harmonie dans l'environnement de travail, un élément qui profite à la loi, en transférant à la négociation la solution d'innombrables questions d'intérêt social. (NASCIMENTO, 2002, p. 565).

Les conventions collectives qui trouvent leur origine dans ces processus de négociation:

[...] ont un champ d'application qui ne se limite pas qu'aux syndicats. [Les conventions collectives] se projettent sur toutes les personnes représentées par les syndicats: les employés qui appartiennent à la catégorie de travailleurs et les entreprises qui intègrent la catégorie économique des employeurs. [...] Il faut distinguer entre les clauses d'obligation et les clauses normatives. Les premières ne s'incorporent pas au vu de leur nature, contrairement aux dernières. Les clauses d'obligation sont celles qui, selon leur non, fixent des obligations directement et édictent des règles s'imposant aux syndicats et aux entreprises. Les clauses normatives sont celles qui concernent les normes techniques et les conditions de travail, comme c'est le cas des heures supplémentaires. (NASCIMENTO, 2002, p. 575-576)

Quant aux accords collectifs transnationaux, il ne sont pas tout à fait institutionnalisés et ils ne sont pas toujours reconnus par les États. Ils créent, néanmoins, des normes qui sont exigibles et exécutoires. Autrement, ils constituent des éléments de pression, tant sous l'aspect politique que dans le cadre des relations privées transnationales. Sur le sujet, Rüdiger affirme que:

L'action des fédérations internationales syndicales, la fusion des centrales syndicales mondiales dans une seule et grande centrale, l'organisation des travailleurs de différentes nationalités dans les syndicats allemands et français, pour ne citer que deux exemples, et la solidarité des syndicats nord-américains avec les travailleurs immigrés clandestins, venus des quatre coins du monde, mettent en évidence, peut être plus que jamais, qu'il est possible de concrétiser le rêve que deux jeunes allemands, Karl Marx et Friedrich Engels, ont eu il y a 160 ans, c'est-à-dire: "Prolétaires de tous les pays, unissez-vous!" (RÜDIGER, 2008, p. 167)

C'est ainsi que des conflits, créés, disons, par l'exploitation de la main d'oeuvre dans des pays "paradisiaux" pour les entreprises multinationales, forçant la réduction des salaires dans le reste du monde, ne peuvent avoir une réponse adéquate que par une articulation collective des travailleurs, dans un cadre global. Ce que permet l'adoption d'un accord collectif d'application globale, concernant un ou des secteurs spécifiques.

Or, même si certains pays ou leur main d'oeuvre n'auront aucun intérêt à reconnaître/adhérer à ce type d'accord, il se peut que le marché, par exemple, en étant plus exigeant sur les règles socio-environnementales, fasse valoir les règles de ces accords collectifs.

Cela vaut également pour les labels attestant la qualité, l'origine, les processus productifs etc. Adoptés à partir de règles volontaires et dans un cadre privé, elles ne sont pas souvent reconnues par les autorités nationales compétentes, mais elles ont un poids indéniable à la fois en ce qui concerne les exigences des consommateurs, mais aussi le dans le secteur public, en ce qui concerne la participation aux marchés publics.

Le syndicalisme international et les négociations collectives, en exigeant l'obligation de compatibilité normative, tant du secteur privé que du secteur public, se présentent comme une solution viable pour le contexte actuel du droit international du travail.

C'est à partir de ces règles que l'on peut parler de l'effectivité du droit à l'environnement, que ce soit dans un cadre général ou bien dans le cadre spécifique le milieu du travail.

b. Le droit à l'environnement et les relations de travail

Dans un moment où la lutte contre les changements climatiques, le combat contre la perte de la biodiversité, la prévention des catastrophes de toutes sortes, naturelles, industrielles et nucléaires, la chasse aux responsabilités concernant les diverses dégradations de l'environnement figurent à l'ordre du jour, on ne peut pas ignorer à quel point les conditions satisfaisantes de l'environnement – naturel et humain – sont tributaires des conditions de travail adéquates.

Ce lien a déjà été souligné supra, en démontrant que les mauvaises conditions de travail, notamment dans l'exécution d'activités qui portent en soi un risque, peut entraîner de graves accidents, aux lourdes conséquences humaines et environnementales. Cela, malheureusement, s'insère dans la logique spéculative du capital.

Dans des telles situations, la pression des investisseurs ne se limite pas uniquement à produire des incertitudes dans la sphère personnelle de chaque travailleur, mais elle se trouve aussi dans les risques auxquels ils doivent faire face dans leur quotidien; dans les situations de crise, conduisant à une plus grande austérité dans la gestion de chaque entreprise - et ainsi dans la possibilité de perte de l'emploi. Cette pression va au-delà, atteignant y compris la sphère publique, responsable pour autoriser l'installation, le fonctionnement et contrôler l'activité; la sphère politique et éventuellement le pouvoir législatif, où l'on pourra faire passer, à un moment donné, un projet de loi qui allège les charges, les impôts ou bien la responsabilité de tel groupe économique; de manière également éventuelle, les juges, qui pourront être les complices de l'impunité face aux dégradations environnementales, aux pertes humaines, menées par un capital toujours volatile et prêt à tout au nom du profit.

Cela conduit à se poser des questions concernant la viabilité de certaines activités, comme l'activité minière conduite de façon très intense et irresponsable vis-à-vis des risques d'accidents, souvent négligés, comme celui de Samarco, au

Brésil: il y a eu une défaillance à la fois dans la procédure d'autorisation et dans le contrôle de la sûreté du barrage rompu.

La production d'énergie par des centrales nucléaires: les conséquences d'événements comme Tchernobyl ou Fukushima auraient dû remettre en cause un certain nombre de positions en la matière. Par exemple, penser que l'URSS ne l'était pas, comme le Japon ne l'est pas, signataire d'aucun traité en matière de responsabilité civile pour dommages nucléaires, c'est tout simplement impensable.

Enfin, tout ce qui a trait à l'industrie pétrolière renvoie tout de suite aux grands accidents avec des plateformes et des navires pétroliers, comme au fait que l'humanité, de son gré et depuis tout au moins deux siècles, est en train de contribuer directement au changement du climat global, à partir d'un modèle non soutenable de gérer l'énergie, en brûlant du combustible fossile.

En tout cas, parler d'une remise en cause du modèle en vigueur veut dire assurer que tous puissent jouir de conditions environnementales adéquates, tant dans son lieu de travail qu'en ce qui concerne la société toute entière.

Au niveau international, les déclarations de Stockholm (1972) et de Rio (1992), tout comme les conventions de Montego Bay (1982), celle sur la diversité biologique (1992), Espoo (1991) ou Aarhus (1998), ont souligné l'existence d'un droit fondamental à l'environnement. Au niveau interne, la preuve majeure de la consolidation de ce droit fondamental figure dans les constitutions de la grande majorité des États.

L'affirmation d'un droit à l'environnement exige la prévision d'instruments capables, pour ses titulaires, de promouvoir sa garantie. En effet, selon Bobbio (1992), personne ne peut se considérer comme titulaire d'un droit si à ce droit ne correspond pas des obligations étatiques spécifiques qui puissent éviter sa lésion ou contribuer de façon affective à sa garantie.

Ces mécanismes, d'ailleurs, touchent les obligations – négatives et positives – qui pèsent sur les États de «favoriser le progrès social et instaurer de meilleures conditions de vie», dans les termes de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948). A cet égard, le droit à l'environnement, comme tout droit de l'homme, doit être affirmé progressivement, au nom d'une «éthique» ou «citoyenneté environnementale».

En outre, plusieurs textes internationaux de droits de l'homme soulignent le caractère progressif des droits économiques, sociaux et culturels, auxquels se trouve lié le droit à l'environnement. Cette progressivité nous mène, certes, à déduire qu'il y a nettement une obligation de non régression liée, à son tour, de façon très étroite, à la prévention des dommages à l'environnement. Ceci a été reconnu, d'ailleurs, par la déclaration finale de la Conférence de Rio (ONU, 2012, p. 6) et figure tant dans la Déclaration des Droits de l'Humanité (2015) comme dans la proposition de 3ème Pacte International relatif au droit des êtres humains à l'Environnement.¹³

¹³ Pour plus d'informations sur ces deux documents, consulter le site du Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE): www.cidce.org.

En ce qui concerne spécifiquement le droit à un environnement du travail sain, l'article 7 du PIDESC (1966), comme l'article 7, "e", du Protocole de San Salvador (1988), affirment un droit à la sécurité et à l'hygiène du travail; l'article 15 de la Charte Africaine des Droits des Hommes et des Peuples (1981), affirme le droit au travail dans des conditions justes et satisfaisantes, tout comme son article 24, qui affirme le droit à un environnement satisfaisant et global, propice au développement; la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit, dans son article 31.1, que l'on doit avoir des conditions de travail qui respectent la santé, la sécurité et la dignité; enfin – et sans exclure pour autant d'innombrables autres documents qui font allusion à ce droit – il y a la Convention 187 de l'OIT, qui affirme, dans son article 3.2, que "Tout Membre doit promouvoir et faire progresser, à tous les niveaux concernés, le droit des travailleurs à un milieu de travail sûr et salubre".

Il n'y a, ainsi, pas de doute que l'être humain a le droit de vivre et de travailler dans un environnement sain, la notion de santé englobant à la fois la santé physique et mentale, au nom d'un vrai développement humain.

Le monde post-moderne et ses pratiques, le capital spéculatif, le rythme infatigable de la croissance économique... rien ne doit empêcher les travailleurs à n'importe quel niveau dans le processus productif de pouvoir jouir de ce droit, puisque ce droit appartient aussi à tout individu qui fait partie de l'humanité et de la Nature.

CONSIDERATIONS FINALES

Prenant en compte la réalité des chaînes globales de valeur, on constate que les relations juridiques, notamment celles qui ont trait au droit international du travail, conduisent à des problèmes qui découlent de l'interaction entre personnes publiques et privées, de différentes nationalités. La démarcation territoriale entre droit national et droit international devient, ainsi, chaque fois plus floue.

Or, il est possible qu'à partir de cette intersection national-international, public-privé, de nouvelles méthodologies puissent se développer, de façon plus systématisée et dotées d'analyses spécifiques, pour un cadre normatif qui est détenteur d'un aspect transnational.

À cet égard, non seulement le rôle de l'OIT et de ses normes - les fondements du droit international du travail - mais aussi l'action des acteurs privés et publics concernés, sont essentiels pour contrer la voracité des marchés vis-à-vis des droits sociaux qui doivent être garantis aux travailleurs.

Dans ce sens, les entreprises qui s'insèrent dans ce processus de production et de commerce global peuvent établir une réglementation parallèle au cadre normatif international, à partir de normes adoptées dans une sphère "privée", mais qui représentent, pour les uns et pour les autres qui font partie de la chaîne, un cahier des charges précis à suivre. Des normes qui sont le fruit d'un dialogue concerté entre les divers acteurs: employeurs, employés, syndicats, États, instances internationales pertinentes.

On parle d'un ensemble normatif qui repose sur les exigences concernant, par exemple, les droits du travailleur, la propriété et sa fonction socio-environnementale, le respect des appellations d'origine, la mise en valeur des processus productifs qui soient plus respectueux de l'environnement, le commerce équitable, parmi tant d'autres éléments qui correspondent aux préoccupations concernant un mouvement de contre-courant par rapport à la "mondialisation liquide".

Cette sorte d'exigences peut également figurer dans des accords commerciaux entre États, encadrant à la fois la normativité internationale qui concerne le droit du travail et la protection environnementale, validant ainsi les efforts des acteurs privés, non-étatiques.

Le moment présent exige qu'une action vigoureuse soit entreprise dans le sens de remettre en cause les effets néfastes du processus de mondialisation, dans ses divers aspects. Spécifiquement en ce qui concerne la protection des travailleurs et de l'environnement, il est certain qu'on ne peut pas parler simplement de freiner la machine de la croissance économique et repartir à zero, sur d'autres bases.

Il s'agit de construire progressivement un autre projet, sur des bases séparées d'une post-modernité qui s'éloigne de l'être humain. Le monde va à une allure beaucoup trop rapide pour que la solidarité et la fraternité puissent être exercées. Il va trop vite pour qu'on puisse apprécier le vol d'un cygne sauvage, le coucher et le lever du soleil, qui plus est la métamorphose d'une chenille en papillon.

Décélérer les rythmes et humaniser les relations corporatives sont des pistes pour arriver à concilier mondialisation, droits des travailleurs et protection environnementale.

RÉFÉRENCES

BALDWIN, Richard. *The Great Convergence: Information Technology and the New Globalization*. London: Belknap Press, 2016.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Nelson Mannrich*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Coleção: *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Vol 1, 23.

CREDIT SUISSE AG. Research Institute. *Global Wealth Report 2016*. Zurich: Credit Suisse Ag Research Institute, 2016.

DAVIDSON, Eric A. You can't eat GNP. Economics as if ecology mattered. Cambridge: Perseus Publishing, 2000.

FERREIRA, António Casimiro. “Para uma concepção decente e democrática do trabalho e dos seus direitos: (Re)pensar o direito das relações laborais”. In SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). A Globalização e as Ciências Sociais. 4. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2011, p. 257-297.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil”. In FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito Internacional do Trabalho. O estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. São Paulo: LTr, 2016, p. 15-23.

FREUD, Sigmund. O mal estar na civilização. Rio de Janeiro: Imago, 2004.

HELOANI, José Roberto Montes. “Histórico das relações de trabalho e seu reflexo na organização e na gestão laboral”. In: MACÊDO, Kátia Barbosa; de LIMA, Janilda Guimarães; FLEURY, Alessandra Ramos Demito; CARNEIRO, Carla Maria Santos (orgs.). Organização do Trabalho e Adoecimento: Uma Visão Interdisciplinar. Coletânea de artigos do 6º Congresso Internacional sobre Saúde Mental no Trabalho. Goiânia: Editora da PUC Goiás, 2016, p. 67-91.

HENSON, S. and HUMPHREY, J. Understanding the Complexities of Private Standards in Global Agri Food Chains, Journal of Development Studies, 2010, Vol: 46. p. 1630-1631.

LACAN, Jacques. O seminário, Livro 17: O avesso da psicanálise (1969 - 1970). Rio de Janeiro: Zahar, 1992.

LACAZ, Francisco Antonio de Castro. “Trabalho e saúde em tempos de globalização”. In MACÊDO, Kátia Barbosa; de LIMA, Janilda Guimarães; FLEURY, Alessandra Ramos Demito; CARNEIRO, Carla Maria Santos (org.). Organização do Trabalho e Adoecimento: Uma Visão Interdisciplinar. Coletânea de artigos do 6º Congresso Internacional sobre Saúde Mental no Trabalho. Goiânia: Editora da Puc Goiás, 2016, p. 41-63.

MACÊDO, Kátia Barbosa; de LIMA, Janilda Guimarães; FLEURY, Alessandra Ramos Demito; CARNEIRO, Carla Maria Santos (org.). Organização do Trabalho e Adoecimento: Uma Visão Interdisciplinar. Coletânea de artigos do 6º Congresso Internacional sobre Saúde Mental no Trabalho. Goiânia: Editora da Puc Goiás, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORIN, Edgar. A via para o futuro da humanidade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 37. ed. São Paulo: LTr, 2012.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. Declaração da OIT sobre a Justiça social para uma Globalização Equitativa. Genebra: OIT. 2008. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336918.pdf

OMC, Organização Mundial do Comércio. Inclusive Trade WTO Public Forum 2016. Genebra: WTO. 2016. Disponível em: <https://www.wto.org/english/forums_e/public_forum16_e/public_forum16_e.htm

_____. World Trade Report 2016: Levelling the trading field for SMEs. Genebra: WTO. 2016. Disponível em: <https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/world_trade_report16_e.pdf

PNUD. Programme des Nations unies pour le développement. Rapport sur le développement humain 2015. New York: PNUD, 2015.

REZEK, Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROMAR, Carla Teresa Martins e MASSONI, Túlio de Oliveira. “Convenção n. 81 da OIT como marco internacional na inspeção do trabalho: perspectivas da inspeção do trabalho da OIT no Brasil”. In FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito Internacional do Trabalho. O estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. São Paulo: LTr, 2016, p. 51-58.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. “As Origens da Relação de Emprego e a Família Patriarcal: Psicanálise de um Vínculo Jurídico”. *Prima Facie*, João Pessoa, v. 11, n. 20, ano 11, jan-jun, 2012, p. 9-22.

_____. “Direito dos atores globais coletivos”. *Boletim de ciências económicas LI Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2008, p. 149-171.

_____. “O direito do trabalho brasileiro no contexto da globalização”. *Comunicações*. Piracicaba, vol.5, n.o 2 (Jan. 2001), p. 165-170.

_____. “Sindicatos como atores globais: um desafio para o direito sindical brasileiro”. In: LEAL, Mônica Clarissa Hennig *et alii*. *Constitucionalismo social: o papel dos sindicatos na realização dos direitos sociais em tempos de globalização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

_____. “Transformações do direito do trabalho na pós-modernidade: o exemplo Brasil”. In: LINDGREN ALVES J.A. et alii. Direito e cidadania na pós-modernidade. Piracicaba: Editora UNIMEP, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. “Os processos de globalização”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). A Globalização e as Ciências Sociais. 4. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2011, p. 25-102.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. Instituições de direito do trabalho. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000, v. 1 e 2.

THORSTENSEN Vera Helena , KOTZIAS, Fernanda. VIEIRA Andreia “A ameaça dos padrões privados à OMC”, Pontes, VOLUME 11 - NUMBER 5. 2015. Disponível em <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/a-ameaça-dos-padrões-privados-à-omc>> THORSTENSEN, Vera Helena. FERRAZ, Lucas. Citizens and the Future of Multilateralism in a Polycentric World at 2030. The perspectives of Emerging Countries for the Trading System: the impasse of WTO, the trends of mega agreements, the logic of value chains and the advent of consumers’ concerns on international trade. CCGI – FGV, 2014.

THORSTENSEN, Vera Helena. VIEIRA, Andreia Costa. Regulatory Barriers to Trade: TBT, SPS and Sustainability Standards; São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2016. Disponível em <<http://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/file/Publicacoes/Ebook-Regulatory%20Barriers%20to%20Trade.pdf>>> Acesso em: 7 de junho de y.

ZIMMERMANN NETO, Carlos F.. Direito do trabalho. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Recebido em 10.04.2017
Aceito em 27.04.2017

PARA ALÉM DA “VAQUEJADA” E DA “FARRA DO BOI”: JUSTIÇA PARA O DIREITO DOS ANIMAIS

BEYOND “VAQUEJADA” AND “FARRA DO BOI” CONSTITUTIONAL CASES: JUSTICE FOR ANIMAL RIGHTS

Fernando César Costa Xavier¹

Sumário: Considerações iniciais. 1 Inclinações antropocêntricas nos tribunais. 2 O lugar do direito dos animais: das margens para o centro. 3 Dignidade, florescimento e a abordagem das “capabilidades”. 4 A jurisprudência indiana: tão distante, tão próxima. Considerações finais. Referências.

Resumo: É errado afirmar que a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso “Vaquejada” (ou mesmo nos casos “Farra do Boi” ou sobre rinhas de galo) seria um reforço nos precedentes de um suposto reconhecimento dos direitos dos animais na jurisdição constitucional brasileira. Nesses casos todos, a maioria dos Ministros que atuaram como julgadores ponderou e afirmou a prevalência do *direito ambiental*, incluindo nele a proteção da fauna (e a não submissão dos animais à crueldade), nos termos do art. 225, § 1º, VII, da Constituição brasileira. Teria sido desconsiderada, assim, a diferença categorial existente entre o direito ambiental e os direitos dos animais. A própria Constituição estimula a confusão entre essas categorias ao tratar da proibição da crueldade contra animais em um capítulo sobre meio ambiente (cap. VI). Este artigo sustenta que, ao se concentrar na afirmação do direito ambiental, o STF permite que sejam fortalecidos argumentos considerados empecilhos para os defensores dos direitos dos animais, em especial o argumento antropocêntrico de que o meio ambiente equilibrado é importante à medida que possibilita aos seres humanos mais qualidade de vida. Analisando os votos, principalmente nos casos da Vaquejada e da Farra do Boi, verifica-se que pontos muito importantes analisados no debate teórico sobre direitos dos animais, como as noções de “dignidade animal” e “vida em florescimento”, são totalmente negligenciados. O artigo se serve amplamente dos argumentos apresentados por Martha Nussbaum no seu texto **Beyond “Compassion and humanity”: Justice for Nonhuman Animals**, sobretudo para mostrar que a abordagem das “capabilidades” por ela desenvolvida pode fornecer uma orientação teórica melhor do que as abordagens do contratualismo kantiano e do utilitarismo para a questão de direitos dos animais, principalmente porque é capaz de reconhecer a amplitude da noção de “dignidade animal”. Considera-se que o ponto central a ser enfrentado, para fins do reconhecimento dos direitos dos animais, é aquele suscitado pela Alta Corte de Kerala no caso *Nair v. União da Índia*, de junho 2000, que Nussbaum destaca como epígrafe do seu texto citado: “Portanto, não é apenas nosso dever fundamental demonstrar compaixão para com os nossos amigos animais, mas também reconhecer e proteger seus direitos [...] Se os seres humanos têm direito a direitos fundamentais, por que não os têm os animais?”.

Palavras-chave: Direito dos animais. Supremo Tribunal Federal. Martha Nussbaum.

Abstract: It is wrong to claim that the Brazilian Supreme Court decision in the “Vaquejada” case (or even in ‘Farra do Boi’ or cockfights

¹ Professor Adjunto no Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Roraima. Doutor em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail: fxavier010@hotmail.com.

cases) would be an increase in the process of a supposed recognition of animal rights in the Brazilian constitutional jurisdiction. In such cases, most of the Judges who participated in the trial pondered and reinforced the prevalence of *environmental law*, including it wildlife protection (and non-submission of the animals to cruelty), pursuant to article 225, § 1, VII, of the Brazilian Constitution. In this way, it would have been disregarded the categorical difference between environmental law and animal rights. The Constitution itself encourages confusion between those categories when dealing with the prohibition of animal cruelty in a chapter on the environment (chap. VI). This article argues that by the focus on the statement of environmental law, the Supreme Court allows the strengthening of arguments considered as obstacles to the defenders of animal rights, particularly the anthropocentric argument that the balanced environment is important to make possible to human beings more quality of life. Analyzing the decisions, especially in of Vaquejada and Farra do Boi cases, it appears that many important points analyzed in the theoretical debate about animal rights, such as the notions of “animal dignity” and “flourishing life” are totally neglected. The article widely uses the arguments presented by Martha Nussbaum in her text **Beyond “Compassion and humanity”: Justice for Nonhuman Animals**, particularly to show that the approach of “capabilities” developed by her can provide a better theoretical orientation than the approaches Kantian contractualism and utilitarianism to the animal rights, mainly because in that way it is able to recognize the breadth of the concept of “animal dignity”. It is considered that the central point to be faced in order to recognize the rights of animals is the one raised by the High Court of Kerala in the case of *Nair v. India Union* (June 2000), which Nussbaum highlights as the epigraph of the her text: “Therefore, it is not only our fundamental duty to show compassion to our animal friends, but also to recognize and protect their rights [...] If human beings have a right to fundamental rights, why not animals?”.

Keywords: Animal rights. Brazilian Supreme Court. Martha Nussbaum.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No início do mês de outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983, pela qual foi considerada inconstitucional uma lei do Estado do Ceará que regulamentava a prática da “vaquejada”. No entender da maioria dos ministros — por apertado veredicto de seis votos contra cinco —, a autorização legislativa dessa prática, considerada cultural em muitos Estados do Nordeste brasileiro, ofenderia a regra do art. 225, § 1º, VII, da Constituição: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...] Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público [...] proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que [...] **submetam os animais a crueldade**” (destaquei).

Após o julgamento, muitos analistas apressadamente concluíram que o STF fazia avançar no país o reconhecimento formal dos direitos dos animais. O presente artigo, no entanto, busca advertir que essa decisão, assim como outras que a precederam sobre temas correlatos (v.g., os casos “Farra do Boi” e sobre rinhas de galo), revela-se em verdade muito pouco comprometida com os direitos dos animais. Embora o resultado do julgamento seja desejável aos defensores dos animais,

questões centrais no debate sobre a matéria, como o reconhecimento das noções de “dignidade animal” ou de “autonomia animal”, foram inteiramente negligenciadas.

Em certo sentido, o voto condutor do Ministro Marco Aurélio de Mello no caso da vaquejada, ao insistir na afirmação na necessidade de proteção do *direito ambiental como o ponto central do julgamento*, reforça a visão atribuída a I. Kant de que os animais seriam meros instrumentos à disposição dos homens, o que é justamente a visão que os defensores dos direitos dos animais buscam combater em primeiro lugar. Conforme resume Cass Sunstein, por conta dessa visão instrumentalizadora dos animais e da natureza, muitas pessoas pensam que a própria ideia de direitos dos animais é “implausível”:

Sugerindo que os animais não são nem racionais nem autoconscientes, Immanuel Kant pensou nos animais como 'instrumentos do homem', merecendo proteção somente na medida em que isso possa ajudar nas relações dos homens entre si: “Quem é cruel com animais pode tornar-se assim também nas suas relações com os homens” (2004, p. 3).²

Neste artigo, serão realçadas e recapituladas algumas das importantes questões não enfrentadas pelos tribunais, tomando-se por parâmetro principal os casos “Vaquejada” e “Farra do Boi”, julgados pelo STF. Será utilizado como referencial o texto **Beyond “Compassion and humanity”: Justice for Nonhuman Animals** (2004), de Martha Nussbaum, sobretudo para mostrar que a questão do reconhecimento *jurídico* dos direitos dos animais não é apenas uma questão de “maximização”, como tradicionalmente enfatizam os utilitaristas. Após se destacar o que foi negligenciado pelo STF, e que é tido como crucial pelo *mainstream* anglófono sobre o tema, será dito por que aquilo que a jurisdição constitucional brasileira enfocou e afirmou é, na verdade, algo que os defensores dos direitos dos animais procuram combater e superar. Ao fim e ao cabo, será defendido que a abordagem das “capabilidades” desenvolvida por Nussbaum pode fornecer uma orientação teórica mais adequada do que as abordagens contratualista (kantiana) e utilitarista para a defesa dos direitos dos animais, principalmente porque é capaz de reconhecer a amplitude da noção de “dignidade animal”.

1 INCLINAÇÕES ANTROPOCÊNTRICAS NOS TRIBUNAIS

O voto do Ministro Marco Aurélio no caso “Vaquejada”, acompanhado pela maioria dos demais Ministros, é ilustrativo do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre temas que questionam práticas tidas como cruéis contra animais. Embora a vaquejada seja descrita como uma prática inerentemente cruel, em que uma “dupla de vaqueiros, montados em cavalos distintos, busca derrubar um touro, puxando-o pelo rabo dentro de uma área demarcada”, o fundamento a que recorre o julgador para defender a inconstitucionalidade de tal prática remete direta e

² A famosa visão kantiana dos animais como instrumentos, como registra Sunstein, encontra-se nas *Lectures on Ethics* do filósofo alemão.

unicamente à proteção do meio ambiente. Indiretamente citando a jusambientalista Branca M. da Cruz, o Ministro diz no seu voto: “Como direito de todos, a manutenção do ecossistema também a esses incumbe, em benefício das gerações do presente e do futuro. **O indivíduo é considerado titular do direito** e, ao mesmo tempo, destinatário dos deveres de proteção” (destaquei).

Pelo enfoque da proteção do meio-ambiente, a fauna seria apenas um dos elementos nele contidos, equiparável à flora. Por isso mesmo, o Ministro não encontrou qualquer incongruência em citar seu posicionamento como Relator no caso “Reserva Extrativista Verde para Sempre” (MS 25.284 / DF) para justificar sua posição contrária à vaquejada. No seu entender, estaria em questão, em ambos os casos, o direito que todos têm “ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”. Mesmo quando cita o caso “Farra do Boi” (RE 153.531 / SC), o Ministro Marco Aurélio o faz para enfatizar casos análogos em que haveria um “problemático” conflito do direito ao meio ambiente “com outros coletivos” — no caso, o direito à cultura, também previsto constitucionalmente.

Extraíndo o “padrão decisório” desses casos, principalmente, da “Festa da Farra do Boi” e das “brigas de galo”,³ que em comum teriam o fato de envolver “práticas que submetam os animais à crueldade”, o Ministro assim resume aquele padrão:

Os precedentes apontam a óptica adotada pelo Tribunal considerado o conflito entre normas de direitos fundamentais – mesmo presente manifestação cultural, verificada situação a implicar inequívoca crueldade contra animais, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, **demonstrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura**⁴ (destaquei).

Em primeiro lugar, não é tão fácil relacionar a manutenção às gerações futuras de condições ecologicamente equilibradas com o fato de que, na vaquejada, bois são agarrados pela cauda e derrubados com as quatro patas para cima. Alguém poderia perguntar de boa-fé se isso comprometeria em alguma medida o meio ambiente: a vaquejada tem ameaçado ou pode ameaçar a preservação da existência dos bovinos, enquanto espécie, às gerações futuras? Indagações desse tipo, quando muito, abrem espaço para os argumentos dos defensores da vaquejada que enfatizam que essa prática não teria “impacto ambiental” e que “[nela] o boi não é morto”, como que sugerindo que a existência de cada bovino em particular não teria relevância de um ponto de vista ecossistêmico.

Mais importante que isso, no entanto, é examinar a questão de frente, questionando se há ou não direitos a serem reconhecidos aos animais expostos a práticas nocivas, nos termos da parte final do art. 225, § 1º, VII, da Constituição.

³ Cf. STF ADI 2.514 / SC, e ADI 1.856 / RJ.

⁴ STF, ADI 4.983 / CE.

Esses direitos, em havendo, restringem-se à não submissão dos animais a práticas cruéis, ou das normas constitucionais poderiam se inferir outros mais? Veja-se que no seu voto o Ministro se refere, sem problematizar, à “saúde dos bovinos”,⁵ a qual seria invariavelmente afetada nas exhibições da vaquejada. Poder-se-ia falar, por isso, de um “direito à saúde dos animais”, que fosse além da proteção contra a crueldade? Essas perguntas ainda permanecem em aberto, e a resposta a elas depende da verificação do reconhecimento jurídico da “dignidade” dos animais. E esse reconhecimento, para existir, depende de uma análise que descole o direito dos animais do direito ambiental, e de todo o antropocentrismo por este trazido.

Mesmo para além do direito nacional brasileiro, a problemática inter-relação entre o direito ambiental e o direito dos animais pode ser percebida. Recorde-se que, no plano internacional, foi julgado pela Corte da Haia em março de 2014 o caso **Baleias na Antártida** (Austrália v. Japão: Nova Zelândia interveniente).⁶ O argumento principal do Japão nesse caso era o de que os programas de pesca baleeira autorizados pelo governo do país teriam propósitos científicos. Em seu voto em separado, a juíza **ad hoc** Hilary Charlesworth referiu: “A **abordagem da precaução na regulamentação ambiental** também reforça a análise das condições segundo as quais podem ser levados a cabo métodos de pesquisa letais” (destaquei). Para fundamentar normativamente seu ponto de vista, ela citou o Princípio 15 da Declaração do Rio de 1992, no qual o princípio da precaução é previsto e no qual se fala da necessidade de se evitar a “degradação ambiental”. O juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, de outra parte, chegou a falar expressamente em “igualdade intergeracional” ao lembrar da importância da Convenção Internacional para a Regulação da Atividade Baleeira, de 1946: “A CIRAB de 1946 foi realmente pioneira, ao reconhecer, em seu preâmbulo, ‘o interesse das nações do mundo na salvaguarda para as gerações futuras dos grandes recursos naturais representadas pelos estoques de baleias’”. E note-se que nesse caso internacional a preocupação com a preservação de espécies animais é algo distintivamente mais concreto, um risco bem mais tangível, porém, mesmo nele, o que estaria em jogo de acordo com a jurisdição internacional não seria tanto o direito de cada baleia à existência, e sim a importância de sua conservação para o ecossistema e para as gerações futuras.⁷

⁵ Complementa o Ministro em seu voto: “O autor juntou laudos técnicos que demonstram as consequências nocivas à **saúde dos bovinos** decorrentes da tração forçada no rabo, seguida da derrubada, tais como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo ou até o arrancamento deste, resultando no comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental”.

⁶ Caso **Dispute Concerning Japan’s JARPA II Program on “Scientific Whaling”** (Austrália v. Japan) Application Instituting Proceedings (31 de maio de 2010).

⁷ A denúncia do antropocentrismo incrustado no discurso conservacionista é brilhantemente feita em SHOREMAN-OUIMET, Eleanor; KOPNINA, Helen. **Culture and Conservation: Beyond Anthropocentrism**. New York: Routledge, 2016.

2 O LUGAR DO DIREITO DOS ANIMAIS: DAS MARGENS PARA O CENTRO

Dentre as várias definições possíveis para os direitos dos animais, há uma que concebe que animais merecem consideração em si e por si mesmos, devendo se observar nas questões que os concernem o que esteja em conformidade com o melhor interesse dos próprios animais, “independentemente do quanto eles sejam percebidos pelos seres humanos como ‘focos’ ou úteis, e/ou se qualquer ser humano se preocupa com eles” (SHOREMAN-OUIMET & KOPNINA, 2016, p. 132).

Os direitos dos animais não deveriam então ser vistos como um direito coletivo ou difuso (de segunda ou terceira dimensão), que têm como titulares as pessoas em geral, para as quais interessaria a proteção da fauna e do meio ambiente como um todo. Deveriam ser vistos, isto sim, como direitos individuais (de primeira dimensão) que têm como titulares certos animais não humanos, individualmente considerados. Esses direitos, uma vez reconhecidos, certamente excederiam o mero direito de não serem os animais tratados de forma cruel.

Para que se pudesse conceber que animais poderiam ser sujeitos de direitos individuais, muitos acreditam que se deveria imaginar que eles deveriam ser capazes, a exemplo dos seres humanos, de assumir obrigações e responsabilizar-se por seus atos. De um ponto de vista que atribuam a Kant, os titulares de direitos subjetivos deveriam ser os indivíduos conscientes de si e de seu lugar no mundo, e capazes de agir moralmente no chamado “mundo da vida” (*Lebenswelt*).

Todavia, é certo que os seres humanos em geral são titulares de direitos individuais básicos, ainda que não se possa afirmar que *todos* os indivíduos da espécie humana sejam autoconscientes e moralmente capazes de entender e se responsabilizar por suas ações, tais como os bebês e as pessoas com comprometimento das capacidades mentais e cognitivas. Essa lacuna é comumente explorada pelos teóricos defensores dos direitos dos animais, que sustentam que se seres humanos não conscientes de si merecem ser moral e juridicamente protegidos, não há qualquer razão para não o serem os (pelo menos alguns) animais.

Elizabeth Anderson lembra que um dos argumentos centrais para os defensores dos direitos e do bem-estar dos animais traça uma comparação entre animais não humanos e seres humanos privados de capacidade racional e consciência de si. Trata-se do conhecido “argumento dos casos marginais” (ACM). Esse argumento é importante, dentre outras razões, porque põe contra a parede a frequente empatia seletiva de algumas pessoas, que conseguem se apiedar de um indivíduo anencéfalo, mas não, na mesma medida, de um animal senciente, muito embora, do ponto de vista das capacidades cognitivas, os dois seres estejam em situação comparável (ANDERSON, 2004). Esses casos marginais, em verdade cada vez mais frequentes, talvez ajudem a questionar se as obrigações do Estado e da sociedade para com os animais não estão no centro de muitas controvérsias judiciais hoje.

Se há compromissos (juridicamente fundados) em relação aos animais, quais são esses compromissos, quem os pode postular, quais os limites para postulá-

los e em que medida são equiparáveis com os compromissos para com os humanos? Embora não tenha respostas para todas essas indagações, Martha Nussbaum há algum tempo mostrou que o caminho para elas exige a compreensão das vantagens comparativas de abordagens disponíveis sobre o assunto.

3 DIGNIDADE, FLORESCIMENTO E A ABORDAGEM DAS “CAPABILIDADES”

A abordagem das capacidades (**capabilities**)⁸ é formulada nos anos 1990, primeiramente pelo economista Amartya Sen, e em seguida por Martha Nussbaum, para relacionar a ideia de desenvolvimento com uma concepção de liberdade. A concepção da autora, especificamente, enfatiza que as capacidades seriam capacidades especiais que as pessoas podem desenvolver e que permitirão a elas a realização de certas funções, as quais dependem tanto de elementos internos a elas (corporais, mentais e morais) quanto de circunstâncias externas (condições de possibilidade sociais ou materiais). Tomando por parâmetro experiências históricas e culturais comparadas, Nussbaum considera que capacidades básicas, como as de dispor de boa saúde e satisfazer as necessidades mínimas da vida cotidiana, e também possuir e perseguir um projeto pessoal com vistas à autorrealização seriam imprescindíveis para uma vida digna. Representaria um objetivo para os governos dotarem igualmente os indivíduos dessas capacidades: “O enfoque das capacidades como objetivos sociais está intimamente relacionado com um foco na igualdade entre os seres humanos” (NUSSBAUM, 2000, p. 86).

A questão aqui é saber como a concepção nussbaumiana de capacidades, que promoveria pessoas adultas tornando-as responsáveis pelo curso da própria vida, poderia ser usada em favor de animais (não humanos)? No seu texto de 2004, **Beyond “Compassion and humanity”: Justice for Nonhuman Animal**, a autora considera que a sua abordagem poderia ser estendida:

A abordagem das capacidades, na sua forma corrente, parte da noção de dignidade humana e de uma vida que faça jus a ela. No entanto, eu agora defendo que essa abordagem pode ser estendida para fornecer uma base mais adequada para os direitos dos animais [...] Com Aristóteles e Marx, a abordagem tem insistido que há desperdício e tragédia quando uma criatura viva tem certa capacidade inata, ou “básica”, para algumas funções que são consideradas como importantes e boas, mas nunca tem a oportunidade de desempenhar essas funções. O insucesso em educar as mulheres, em fornecer cuidados de saúde adequados, em ampliar as liberdades de expressão e de consciência a todos os cidadãos — pode-se considerar que tudo isso causa uma espécie de morte prematura, a morte de uma forma de florescimento (NUSSBAUM, 2004, p. 305).

⁸ Embora alguns traduzam **capabilities** como “capacidades”, neste artigo é preferida a tradução “capabilidades”, para marcar em forma de neologismo a peculiaridade que o conceito de Nussbaum e Sen encerra. Essa preferência é partilhada por Alessandro Pinzani: “[...] conceito de **capability**, que traduzirei aqui por “capabilidade”, já que não indica meramente uma capacidade, como veremos”, cf. PINZANI, Alessandro. Reconhecimento e solidariedade. *Etic@*, Florianópolis v. 8, n. 3, p.105.

Ao falar sobre o intuitivo ponto de partida contido nas noções de dignidade e encanto, Nussbaum supõe que haveria algo mais geral por trás do respeito que nutrimos por seres humanos. Para ela, seria necessária uma crítica à ética kantiana, de vez que sustenta que para Kant somente a humanidade e a racionalidade indicariam potencialidades dignas de respeito e admiração, sendo todo o resto da natureza apenas um conjunto de ferramentas à disposição dos seres humanos.

Confrontando esse antropocentrismo kantiano, a autora alude ao “biólogo Aristóteles”, que criticava o desdém que alguns de seus alunos tinham para com o estudo dos animais, o que indicaria que eram incapazes de perceber que havia algo de encantador, de maravilhoso, a inspirar todas as formas complexas de vida animal. Esclarece, no entanto, que a abordagem das capacidades vai além de Aristóteles: o encantamento para com o florescimento dos organismos vivos complexos, seguindo o ciclo para realizarem sua vocação natural, deveria vir acompanhado da preocupação ética de que o desenvolvimento das ‘funções’ daqueles organismos (abrangendo animais não humanos) não fosse impedido pela ação intencionalmente nociva de outros seres (NUSSBAUM, 2004). Sendo impedido, o seria também o desenvolvimento das capacidades e, por conseguinte, a dignidade daquelas criaturas. Eis aí o cerne da abordagem das capacidades sendo usada para os animais.

Nesses termos, a defesa dos direitos dos animais de Nussbaum rejeita não apenas a ética kantiana, baseada na ideia de um contrato entre seres racionais que são legisladores de si mesmos, como também a ética prática baseada em argumentos utilitaristas (talvez a mais conhecida e bem elaborada seja a de Peter Singer⁹) que defende a proteção moral dos animais concebendo-os como seres sencientes que deveriam sentir cada vez mais prazer e cada vez menos dor.

A abordagem das capacidades defende, de modo distinto, que as diversas criaturas do mundo (as formas complexas de vida) devem florescer como o tipo de coisa que são, e agir contra esse florescimento implicaria um atentado contra o caráter maravilhoso dos processos naturais e um impedimento ao desenvolvimento da dignidade dos seres vivos complexos. É verdade que uma abordagem desse tipo é potencialmente mais inclusiva que a utilitarista, em termos de poder proteger uma variedade de espécies animais que não aquelas sencientes e mais familiares à convivência humana.

Em certo sentido, a abordagem da “capacidade animal” (chamemo-la assim) exige uma certa perspectiva estética (aristotélica), um olhar de maravilhamento sobre a natureza e suas criaturas. Porém, como se disse, exige também uma perspectiva estética, que reveja e amplie o imperativo categórico kantiano na sua terceira formulação: “age de modo a que consideres o outro não apenas como um meio, mas também como um fim em si mesmo”. No âmbito moral, cada sujeito poderia agir até o limite em que não ameaçasse a capacidade do outro de florescer, sendo o florescimento uma experiência digna de ser vivida por todas as criaturas vivas complexas e [por isso mesmo] tendo-se em conta uma lista mais ampla de sujeitos que apenas os animais humanos.

⁹ Cf. SINGER, Peter. *Ética prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

O quanto esse olhar sensível para a dignidade, enquanto “florescimento”, é disseminado é um desafio do ponto de vista da ética aplicada. Em todo caso, o critério contido na abordagem das capacidades parece mais resistente a testes analíticos; ou, pelo menos, conseguiriam contornar as usuais argumentações: teria dignidade um animal não humano incapaz de ter qualquer nível cognitivo básico, teria dignidade um animal não humano incapaz de sentir dor ou prazer etc.? Como se disse, do ponto de vista das capacidades, a dignidade animal estaria bem mais discernida: teria dignidade qualquer organismo complexo no seu curso natural enquanto ser vivo. Considerados certos casos do direito comparado, pode-se imaginar que esse ponto de vista não está tão distante quanto parece.

4 A JURISPRUDÊNCIA INDIANA: TÃO DISTANTE, TÃO PRÓXIMA

No início de seu artigo, Nussbaum (op. cit., p. 299-300), citando o historiador Plínio, relata que o líder romano Pompeu gostava de promover espetáculos em que homens lutavam contra elefantes. Em uma das exposições, no ano de 55 a.C., os animais se viram acuados na arena e então começaram a esboçar reações de medo, desespero e lamento. Tendo os animais recebido a compaixão do público, Pompeu foi amaldiçoado por causa do espetáculo mórbido. De acordo com Cícero (também citado), naquele momento de solidariedade por parte do público, é como se este tivesse reconhecido que os elefantes se integrariam em uma relação de “comunalidade” (societas) com a raça humana.

Passados milênios, já no ano de 2016, a Suprema Corte da Índia declarou que aqueles que mantêm elefantes em cativeiro no Estado de Kerala, inclusive os templos religiosos, não podem ser cruéis com esses animais em nenhuma hipótese, e devem obedecer estritamente a Lei de Prevenção da Crueldade para com Animais. Há ainda um vivo debate, também em Kerala, sobre se deve ser banido o uso de elefantes como montaria para turistas. Embora, sobre este último caso, se possa alegar que há clara diferença entre avaliar se animais como elefantes podem ser sumariamente mortos em um “espetáculo”, ou decidir se eles podem ser usados como transporte de pessoas, pode ser que tal diferença, no entanto, seja apenas de nível. Nos dois casos, haveria em comum a circunstância de o quanto seres humanos podem dispor dos animais para satisfazer seus desejos (desde um desejo mais mórbido até um desejo mais tolerável).

Em todo caso, ainda se poderia questionar: não haveria um pano de fundo cultural que faria com que variasse amplamente a avaliação sobre quais tratamentos dispensados aos animais seriam ou não toleráveis, ao ponto de se supor que a ideia de dignidade animal não teria grandes chances de se universalizar, de modo que qualquer tentativa de análise da jurisprudência comparada sobre direito dos animais seria um disparate? No caso indiano, é certo que a teogonia hindu está repleta de figuras antropomórficas representando divindades centrais para a ética hinduísta; e isso poderia mesmo explicar (ao menos em parte) a ética de respeito aos animais professada em grande parte da Índia.

Porém, há questões que aproximam o Supremo Tribunal Federal brasileiro da Suprema Corte da Índia e da Alta Corte do Estado de Kerala. Esta instância judicial (de Kerala), por exemplo, somente em 2014 decidiu proibir performances envolvendo bovinos e touros no popular Jallikattu, atividade desportiva que integra o festival Pongal, no qual pessoas tentam dominar touros de forma não letal. As rinhas de galo, também muito populares na Índia, também tiveram que ter sua legitimidade debatida nas últimas instâncias judiciais até que fossem formalmente proibidas. A atualidade de um primeiro aspecto no debate sobre a proteção jurídica dos animais — isto é, a afirmação de que animais não podem ser submetidos à crueldade e a tentativa de definir o que pode ser considerado cruel em relação a alguns animais — é comum ao repertório judicial brasileiro e indiano.

Talvez uma diferença notável entre as duas esteja no fato de que, na Alta Corte de Kerala haja um precedente bastante ousado, que de fato toca o fundamento dos direitos dos animais: o caso *Nair v. União da Índia*, de junho 2000. Esse caso marcante, que não logrou criar um lastro revolucionário nos anos que se seguiram ao seu julgamento, ainda assim expôs argumentos que de tão importantes são destacados por Martha Nussbaum como epígrafe no seu texto citado: “Portanto, não é apenas nosso dever fundamental demonstrar compaixão para com os nossos amigos animais, mas também reconhecer e proteger seus direitos [...] Se os seres humanos têm direito a direitos fundamentais, por que não os têm os animais?”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é possível dizer que há na jurisdição constitucional brasileira algum precedente no tocante ao reconhecimento do direito dos animais. Não o são nem mesmo aqueles precedentes que dimensionaram o alcance do art. 225, § 1º, VII, da Constituição, como os casos da Vaquejada e da Farra do Boi.

Para que se possa reconhecer um precedente judicial sobre direitos dos animais, é preciso identificar se o Poder Judiciário nele diferencia, como devido, o direito dos animais do direito ambiental. Tratar da proibição da crueldade para com os animais como uma demanda em favor da proteção do meio ambiente, em favor das gerações atuais e futuras, não pode representar um exame dos fundamentos que compõem o núcleo do direito dos animais.

Objetivamente, os direitos dos animais indicam que os animais seriam titulares de certos direitos subjetivos reconhecidos em favor dos seres humanos. Corresponderia não tanto a uma nova categoria de direitos, mas a uma nova categoria de sujeitos.

A abordagem das capacidades de Martha Nussbaum, estendida para a proteção dos animais, sugere que todos os organismos vivos complexos deveriam ter a capacidade especial de florescer e desenvolver suas funções naturais, e impedir voluntariamente isso significaria violar a dignidade inerente a esse florescimento. Essa abordagem parece com isso oferecer um critério que permite legitimar os animais não humanos como sujeitos de direitos, de forma mais convincente de que a

abordagem kantiana (centrada na racionalidade do sujeito) e na abordagem utilitarista (baseada na senciência do sujeito).

A jurisdição brasileira (constitucional ou não) terá um passo decisivo quando (e se) admitir, sem rodeios (com o perdão do trocadilho), que animais (pelo menos alguns deles) são seres — no dizer de Martha Nussbaum — “legitimados para uma existência digna”; quando, por exemplo, admitir o julgamento de um caso de *habeas corpus* impetrado em favor de um boi confinado em uma fazenda ou matadouro. A pergunta de Cass Sunstein (op. cit.) permanece em aberto: animais podem apresentar demandas judiciais? Não se trata, a rigor, de se reconhecer aos animais o direito à judicialização de demandas e às garantias judiciais decorrentes, mas sim de se vindicar em favor deles, extensivamente, direitos fundamentais tidos como naturais.

REFERÊNCIAS

- ANDERSON, Elizabeth. Animal rights and the values of nonhuman life.
SUNSTEIN, Cass R. Introduction. What Are Animal Rights? In: SUNSTEIN, Cass R.; NUSSBAUM, Martha C. **Animal Rights: Current Debates and New Directions**. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- NUSSBAUM, Martha C. Beyond "Compassion and humanity": Justice for Nonhuman Animals. In: SUNSTEIN, Cass R.; NUSSBAUM, Martha C. **Animal Rights: Current Debates and New Directions**. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- _____. Human Capabilities, Female Human Beings. In: NUSSBAUM, M.; GLOVER, J. (orgs.). **Women, Culture, and Development**. A Study on Human Capabilities. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 61-104.
- PINZANI, Alessandro. **Reconhecimento e solidariedade**. Ética, Florianópolis v. 8, n. 3, p. 105.
- SHOREMAN-OUIMET, Eleanor; KOPNINA, Helen. **Culture and Conservation: Beyond Anthropocentrism**. New York, Routledge, 2016.
- SUNSTEIN, Cass R. Introduction. What Are Animal Rights? In: SUNSTEIN, Cass R.; NUSSBAUM, Martha C. **Animal Rights: Current Debates and New Directions**. Oxford: Oxford University Press.

Recebido em 27.01.2017

Aceito em 05.04.2017

DIALOGANDO COM OS FATOS QUEM É PRESO PROVISORIAMENTE POR TRÁFICO DE DROGAS NA CIDADE DO RECIFE

DIALOGUING WITH THE FACTS WHO IS KEPT IN PRE-TRIAL CUSTODY FOR DRUG TRAFFICKING IN THE CITY OF RECIFE

Marília Montenegro Pessoa de Mello¹
Brunna Danielly Souza Ramos²

Sumário: Considerações iniciais. 1 Conformação da política criminal de combate às drogas. 2 A política criminal de combate às drogas no Brasil. 2.1 As consequências da política antidrogas. 3. A falibilidade da política de combate às drogas na cidade do Recife. 3.1 Notas metodológicas. 3.2 Dados levantados do relatório dos interrogatórios. 3.3 A falibilidade do modelo repressivo na cidade do Recife. Considerações finais. Referências.

Resumo: A presente pesquisa tem por objetivo a análise crítica da política de combate às drogas. Para tanto, o estudo divide-se em dois momentos. Inicialmente, parte-se de uma perspectiva histórica, para investigar como o atual modelo de repressão foi construído e como até hoje ele é visto e aplicado. Num segundo momento, faz-se uma análise do perfil dos selecionados a responder pela prática de crime de tráfico de drogas na cidade do Recife, e da atual conjuntura do modelo repressivo nessa cidade, por meio de uma pesquisa realizada na 3ª Vara de Entorpecentes da capital do Estado de Pernambuco. A análise é feita sob a ótica da criminologia crítica no qual constata que o sistema penal realiza um processo seletivo de criminalização e acaba por apenas encarcerar os pequenos traficantes, servindo como instrumento utilizado pelo sistema capitalista para conter e controlar as classes pobres. O enfoque crítico sobre o problema volta-se para a constatação de que a política criminal de combate às drogas longe de acabar com o comércio e o consumo de drogas ilícitas, acaba servindo apenas com um instrumento de controle e contenção dos excluídos do mercado de consumo, causando danos muito maiores à sociedade do que o consumo excessivo de drogas ilícitas.

Palavras-chave: Tráfico de drogas. Política criminal de combate às drogas. Criminologia crítica. Perfil dos traficantes de drogas no Recife.

Abstract: The present research aims to make a critical analysis of the anti-drug policy. For that, the study is divided into two moments. Initially, from a historical perspective, it is investigated how the current model of repression was constructed and how today it is viewed and applied. Secondly, brings a profile analysis of the selected people who answer for the practice of drug trafficking crime in the city of Recife, and the current situation of the repressive model in that city, through a research conducted in 3rd Narcotics Court of the capital of the State of Pernambuco. The analysis is made from the view of critical criminology which notes that the criminal justice system performs a selective process of criminalization and finishes just incarcerating small dealers, serving as a tool used by the capitalist system to contain and

¹ Doutora em Direito pela UFSC. Professora de Direito Penal e de Criminologia da Universidade Federal e Universidade Católica de Pernambuco. Orientadora do trabalho de conclusão de curso que resultou a presente pesquisa sociojurídica. E-mail: marilia_montenegro@yahoo.com.br.

² Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). E-mail: brunnadani@gmail.com.

control the poor classes. The critical approach on the matter leads to the realization that the criminal policy of the drug war is far from over the trade and consumption of illicit drugs, which ends up serving only as an instrument of control and containment of the excluded from the consumer market, causing far more damage to society than excessive consumption of illicit drugs.

Keywords: Drug trafficking. Criminal policy of drug war. Critical criminology. Profile of drug dealers in Recife.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No cotidiano de uma Vara especializada em julgar crimes relativos ao tráfico de entorpecentes, inúmeras questões podem surgir acerca da política criminal de combate às drogas. Dentre elas, uma se destaca facilmente: parece que o trabalho realizado pelo Poder Judiciário trata-se de um eterno “enxuga-gelo”, vez que, quanto mais se prende pessoas e mais se apreende droga, mais aparecem pessoas para serem presas e mais drogas aparecem para serem apreendidas.

Nesse sentido, para qualquer operador do direito que lida todos os dias com o tráfico de drogas, parece evidente que o Estado encontra-se longe de eliminar o comércio e o consumo de drogas ilícitas. No entanto, pouco se questiona que o problema talvez seja o próprio modelo eleito para lidar-se com a questão das drogas.

Assim, é de se ver que a sociedade de um modo geral entende como verdade, quase que inquestionável, que a “guerra às drogas” é a única maneira para “combater” o consumo de substâncias psicoativas ilícitas.

No entanto, o que o senso comum e a mídia não conseguem explicar é porque apesar de todos os investimentos e esforços realizados para suprimir o comércio de drogas ilícitas, aparentemente o modelo repressivo não consegue cumprir com o seu objetivo.

Surge então a seguinte indagação: por que o atual modelo repressivo, aparentemente ineficaz na persecução de seu objetivo, continua vigente e nem ao menos é questionado pela sociedade em geral?

Dessa forma, a presente pesquisa se propõe a analisar criticamente o atual modelo repressivo, trazendo uma perspectiva diferente daquela normalmente propagada pela mídia, pelo senso comum e pelo pensamento tradicional dogmático penal. Para tanto, serão analisadas, sob a ótica da criminologia crítica, as audiências dos acusados por tráfico de drogas presos na 3ª Vara de Entorpecentes da Capital pernambucana.

1 CONFORMAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL DE COMBATE ÀS DROGAS

Ao contrário do que é propagado pelo senso comum, a droga nem sempre foi vista como um mal a ser combatido. Até certo período da história, a droga era

usualmente utilizada para fins recreativos e medicinais: tratava-se de um produto que rendia altos lucros para aqueles que a comercializava (BOITEUX, 2006, p. 26). No entanto, a partir da Revolução Industrial, com a implantação do modelo de produção capitalista, que necessitava de uma mão de obra produtiva que trabalhasse o máximo de horas possível, o uso de drogas psicoativas passou a ser visto como antiprodutivo para o novo sistema que se consolidava (ZACCONE, 2011, p. 78).

Outrossim, relevante ressaltar que nos Estados Unidos, um dos países pioneiros na criminalização das drogas, as primeiras a serem criminalizadas eram associadas a certos grupos étnicos (mão de obra mais barata) que disputavam o mercado de trabalho com os brancos. Assim, drogas como maconha, utilizadas por imigrantes mexicanos, e o ópio fumado, utilizado pelos imigrantes chineses, foram criminalizadas antes de drogas consideradas mais perigosas à saúde, como é o caso da heroína (ZACCONE, 2011, p. 78).

Foi dentro desse contexto histórico que se inicializaram os processos de criminalização das drogas. Assim, observa-se que a criminalização da droga se deu por interesses eminentemente econômicos, ora para manter a mão de obra explorada concentrada inteiramente no trabalho e na produtividade, ora para defender a mão de obra branca em face da mão de obra barata imigrante. A criminalização, portanto, não se deu pelo efeito prejudicial do uso da droga, apesar de ser este o discurso declarado.

Nos Estados Unidos, até a década de 50, o uso de drogas psicoativas ainda continuava restrito a determinados grupos marginais da sociedade, como os negros, porto-riquenhos e mexicanos (OLMO, 1990, p. 29).

Veja-se que, inicialmente, o uso de drogas era considerado prática de subcultura, vinculadas aos guetos urbanos. Segundo Rosa Del Olmo (1990, p. 30), “em linhas gerais, nem nos países do centro, nem nos da periferia o consumo de drogas ainda causava grande inquietação. Estava bem localizado”. Predominava, por conseguinte, o estereótipo moral, no qual o consumidor de drogas era considerado um “perverso”, “degenerado” e “perigoso”.

A partir da década de 1960 nos EUA, contudo, o discurso sobre o consumidor se altera. É o momento em que a droga não é apenas utilizada pelos grupos marginalizados, mas também pelos jovens da classe alta e da classe média norte-americana. Nos Estados Unidos, é a época da efervescência política, dos *hippies*, do festival de Woodstock, dos protestos e movimentos pacifistas, a chamada “contracultura”. Ao atingir os “filhos de boa família” o consumidor de drogas deixa de ser visto como delinquente e passa a ser visto como doente (OLMO, 1990, p. 33). É apenas a partir desta década que surge a preocupação com os malefícios do uso de drogas, ou seja, apenas quando o uso atingiu as classes mais privilegiadas da sociedade. Nesse sentido, nasce o modelo médico-sanitário, criando-se dois estereótipos: o da dependência e o criminoso. O usuário de droga deixa de ser considerado “perigoso” e passa a ser visto como um doente e o distribuidor de drogas passam a ser visto como delinquente (OLMO, 1990, p. 34).

A partir da década de setenta nos Estados Unidos e nos países europeus, começou a surgir a discussão sobre o inimigo externo, encabeçado principalmente

pelos norte-americanos, que buscava responsabilizar o problema do consumo de drogas nos países tidos como “produtores”. Os produtores seriam os de “Terceiro Mundo”, principalmente os países asiáticos e os latino-americanos, que estariam levando heroína, cocaína e maconha para “corromper” a juventude das nações vítimas do tráfico de drogas, que seriam os “países consumidores”.

A partir da década de oitenta, pode-se falar na declaração de guerra às drogas a nível transnacional. O discurso de que o problema das drogas nos países consumidores está nos países estrangeiros se incrementa. Segundo Rosa Del Olmo, “cria-se assim o estereótipo político criminoso latino-americano, já que o inimigo neste momento é o inimigo externo, convertendo-se as drogas em um problema de segurança nacional” (OLMO, 1990, p. 80).

A partir da década de 90, com o fim da guerra fria, o discurso da droga se modifica, fala-se a partir de então (e pode-se dizer que até os dias atuais se mantém), em “crime organizado transnacional” (BOITEUX, 2006, p. 56). A partir de agora, o comércio de drogas ilícitas se enquadra no modelo empresarial, no qual os traficantes são vistos como empresários organizados, inseridos em uma rede complexa e ramificada da economia mundial ilegal.

No caso da América Latina, é de se ver, no entanto, que o processo de criminalização teve suas particularidades. Até a década de 60, a droga era associada ao “submundo”, aos bairros periféricos (OLMO, 1990, p. 37). A droga ainda não era vista como um problema, ao contrário dos Estados Unidos, no qual já havia atingido boa parte da classe média/alta.

No caso do Brasil, por exemplo, não havia distinção de tratamento entre usuário e traficante, em evidente contraposição ao discurso médico-jurídico então vigente nos EUA e na Europa. O Decreto-Lei 385/68 impôs ao usuário pena idêntica àquela posta ao traficante, no mesmo sentido foi a Lei nº 5.726/71. Assim, até o advento da Lei nº 6.368/76, as condutas do consumidor e traficante foram equiparadas, ambos respondendo pelas mesmas penas (CARVALHO, 2013, p. 71).

Veja-se que até meados da década de 70 na América Latina, o uso de drogas ainda era associado basicamente aos guetos urbanos. O universo das drogas estava bem localizado, à margem da sociedade, no submundo das favelas. No entanto, pode-se falar que é a partir dessa década que a classe média/alta começa a ter acesso às drogas.

A “erva maldita”, como era chamada pejorativamente a maconha, a depender de quem a utilizasse, tinha efeitos totalmente distintos. Se utilizados pelos moradores de favela, a droga os tornava agressivos, o que propiciaria a prática delitiva, se utilizado pelos “filhos de família”, o uso da droga os tornava apáticos/doentes (CARVALHO, 2013, p. 47).

É de se notar, portanto, que, o discurso médico-jurídico na América Latina possui uma conotação própria. Percebe-se um discurso contraditório com relação ao usuário de droga, se pobre, é enquadrado como perigoso e possivelmente um traficante, se de classe alta ou média, é visto como um doente/dependente.

No Brasil, a partir de 1970 começam as primeiras campanhas de “lei e ordem” tratando a droga e o traficante como inimigos internos. A droga, surge, assim, como ameaça à ordem e o estereótipo político criminal é implementado e se mantém até hoje.

Nessa perspectiva, fica claro que na grande maioria dos países do mundo, devido à implementação das políticas de criminalização, a droga é vista como algo a ser eliminado. Assim, as políticas majoritariamente estabelecidas nos dias atuais são a de repressão ao consumo e comercialização das drogas a ser realizado pelas agências repressivas do Estado.

Nesse sentido, deve-se destacar novamente que o processo de criminalização da droga não foi realizado por decorrência da nocividade de seu uso, mas sim por motivações econômicas. A visualização da droga como “agentes ativos, como demônios sedentos de poder, como encarnação do mal” (SCHEERER, 2004, p. 106), no entanto, serviu para a implementação da sua proibição e serve até hoje para a manutenção de sua lógica.

2 A POLÍTICA CRIMINAL DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL

O fenômeno da criminalidade observado sob a ótica da criminologia etiológico-positivista é o entendimento que predomina na sociedade e foi a tese acolhida pelo sistema penal.

A partir do século XX, no entanto, surge uma nova corrente em contraposição à criminologia positivista, a chamada teoria da reação social, ou “*Labelling Approach*” ou do etiquetamento, que começa a questionar porque certas pessoas são rotuladas como “desviantes” e outras não, diante de um mesmo fato (BARATTA, 2011, p. 88-89).

Nessa perspectiva, Howard Becker (2008, p. 22) constata que o desvio é criado pela sociedade: “não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso”.

Assim, para que um ato seja considerado desviante, depende de como as pessoas reagem a ele. Outrossim, depende também de quem comete o desvio e de quem se sente prejudicado. Segundo Becker, os estudos da delinquência juvenil mostram com clareza essa perspectiva: pessoas de classe média quando detidas não chegam tão distante nos processos criminais como os indivíduos de classe baixa. Diante de uma mesma infração, existe essa variação, a depender de quem comete o delito (BECKER, 2008, p. 25).

Uma mesma conduta pode ser uma infração num momento e não em outro, tudo depende de quem comete a infração e de como as pessoas reagem diante disso. Assim, “desvio não é uma qualidade que reside no próprio comportamento, mas na interação entre a pessoa que comete um ato e aquelas que reagem a ele” (BECKER, 2008, p. 27).

Nessa perspectiva, com a mudança de paradigma nos estudos criminológicos, *da etiologia para a de reação social*, surge também a criminologia crítica, que leva em consideração hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo (BARATTA, 2011, p. 159).

A criminologia crítica constatou que o sistema penal passa por um processo seletivo de criminalização: primeiramente, temos a criminalização primária que é aquela exercida pelo Poder Legislativo, no qual irá eleger condutas que serão consideradas como crimes e que serão submetidas às pessoas que estiverem enquadradas no tipo legal. Trata-se de um programa de punição a ser cumprida pelas “agências de criminalização secundária”, que são as polícias, juízes, promotores, advogados etc.; já a criminalização secundária, é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, ou seja, aqueles indivíduos que **efetivamente** irão responder pela prática dessas condutas, submetidas a um processo criminal e que possivelmente serão encaminhadas ao sistema prisional (ZAFFARONI, 2011, p. 43-44).

Consoante Alessandro Baratta (2011, p. 161), a criminalidade “é um bem negativo, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixados no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos”. Portanto, é de se notar que o sistema penal possui uma clientela específica (ZACCONE, 2011, p.18).

Também é de se ver que, sobre o indivíduo selecionado ou potencialmente selecionado pelo sistema penal recai um estigma. “Um indivíduo que poderia ter sido facilmente recebido na relação social cotidiana possui um traço que se pode impor a atenção e afastar aqueles que ele encontra, destruindo a possibilidade de atenção para outros atributos seus” (GOFFMAN, 2004, p. 07). Erving Goffman mostra que alguém que possui um estigma não pode ser visto como um ser completamente humano. É assim que o “criminoso oficial” é encarado pela sociedade em geral. Transportando para a realidade brasileira, temos assim formado o estereótipo do criminoso: o jovem negro morador de favela (MALAGUTI, 2003, p. 36).

Relativamente ao tráfico de drogas, a mídia faz do traficante um ser violento e cruel, justificando as ações do sistema penal através do “combate à violência” (ZACCONE, 2011, p. 118).

No entanto, o que se vê na prática é que aqueles que são selecionados para responder pela conduta de tráfico de entorpecentes são encontrados, na sua imensa maioria, desarmados e portando uma quantidade ínfima de drogas. São as “empresas débeis” do comércio de drogas ilícitas, os “varejistas” formado pelos “esticas”, “mulas” e aviões” que “ficam tão somente com uma parcela ínfima dos lucros auferidos no negócio, quantia esta que nunca os levará a possuir participação real nas empresas que atuam no mercado ilegal das drogas” (ZACCONE, 2011, p. 23).

Os seletos pelo sistema penal do crime de tráfico de drogas, portanto, não representam nenhuma ameaça, ao contrário do que é difundido pelos meios de comunicação e pelas agências repressivas. Nessa perspectiva, e longe de eliminar o comércio de substâncias psicoativas ilícitas, a atual política de combate às drogas acaba funcionando apenas como um instrumento de contenção, punição e controle

da população pobre. Diante da seletividade punitiva da “guerra” às drogas, temos a criminalização da massa de excluídos que não possuem meios de alcançar o mercado de consumo (ZACCONE, 2011, p. 25), são “aqueles “cujos meios não estão à altura dos desejos” (BAUMAN, 1998, p. 57).

Na atual conjuntura global, a produção, o dinheiro e o consumo aparecem como uma espécie de prioridade absoluta (CHRISTIE, 2000, p. 150). Uma vida de sucesso é tida como aquela regada pelo dinheiro e pelo consumo. O modelo consumista, portanto, atinge todas as camadas da sociedade em quase todos os países do mundo. No entanto, como o capital é distribuído de forma desigual, vai se conformando aquela parcela da sociedade que não consegue chegar ao mercado consumidor: são os “consumidores falhos” na linguagem de Zygmunt Bauman (1998, p. 57), os “excluídos” da sociedade capitalista.

Segundo Luciano Oliveira (1997, p. 50-51), dois traços além da não inserção no mundo normal do trabalho seriam específicos desses consumidores falhos. O primeiro, por seu crescimento numérico e por não possuírem as habilidades exigidas para serem incorporados pelos novos processos produtivos, é que teriam se tornado “desnecessários economicamente”. O segundo, é que sobre eles se abate um estigma, no qual passam a ser percebidos como indivíduos socialmente ameaçantes, passíveis de serem eliminados. Assim, esses grupos de indivíduos perderiam até mesmo sua feição de humanidade, o que não permitiriam **vê-los** como pessoas. Dessa maneira, tornam-se pessoas indesejáveis, segundo a lógica do Estado contemporâneo capitalista.

Nesse sentido, “excluídos como trabalhadores e estimulados como consumidores estes novos estranhos – “aqueles cujos meios não estão à altura dos desejos” – formam a nova clientela do sistema penal” (ZACCONE, 2011, p. 107). Nessa perspectiva assevera Vera Malaguti Batista (2003, p. 15):

Ao contrário de sua função declarada, isto é, diferentemente de sua ideologia oficial, o sistema de justiça criminal na sociedade capitalista serve para disciplinar despossuídos, para constrangê-los a aceitar a “moral do trabalho” que lhes é imposta pela posição subalterna na divisão do trabalho e na distribuição de riqueza socialmente produzida. Por isso, o sistema criminal se direciona constantemente às camadas mais frágeis e vulneráveis da população: para mantê-la – o mais dócil possível – nos guetos da marginalidade social ou para contribuir para a sua destruição física. Assim fazendo, o sistema sinaliza uma advertência para todos os que estão nos confins da exclusão social.

Note-se que o encarceramento dos consumidores falhos é funcional ao sistema capitalista, uma vez que estes servem como contraexemplo para a classe trabalhadora, que deve se conformar em receber salários baixos e se submeter a trabalhos degradantes. Criminalizar os pobres, portanto, garante a posição subalterna destes no mercado de trabalho e contribui para a sua exclusão. Assim, como aponta Loic Wacquant (2003, p. 33), “o encarceramento serve bem antes à regulamentação da miséria, quiçá à sua perpetuação, e ao armazenamento dos refugos do mercado”.

Relativamente ao tráfico de drogas, a falta de perspectivas, desemprego e exclusão social empurram milhares de jovens que nunca ocuparam uma vaga no mercado formal de trabalho, ao negócio ilícito (BOITEUX, 2006, p. 202-203).

Veja-se, portanto, que mesmo diante do evidente fracasso da política de combate às drogas, vez que a proibição não inibe o comércio ilegal, continua-se a insistir nesse modelo na maioria dos países do mundo, incluindo o Brasil. Nesse sentido, é de se ver que da mesma forma como se deu com o processo de criminalização das drogas, a manutenção da proibição, ainda possui finalidade econômica para o sistema capitalista: o controle das camadas mais pobres da população (ZACCONE, 2011, p. 69).

Assim, como aponta Nils Christie (2000, p. 160), a guerra contra as drogas abriu caminho para a guerra contra as pessoas percebidas como menos úteis e potencialmente mais perigosas da população. Veja-se, portanto, que, a atual política de combate às drogas proibidas é exitosa em um único aspecto: o encarceramento das pessoas excluídas do mercado de consumo.

2.1 As consequências da política antidrogas

Ao contrário do que pretensamente diz proteger, a política criminal de combate às drogas vai de encontro não só à saúde pública, como também viola diversos outros bens jurídicos. Inicialmente, pode-se apontar que, a política de combate às drogas causa a banalização da morte e promove o genocídio das camadas mais vulneráveis da sociedade.

Note-se que a violência é efeito perverso da criminalização da droga, vez que por se tratar de um mercado ilícito, o Estado não pode intervir para resolver eventuais conflitos. Dessa forma, os conflitos decorrentes do comércio de substâncias ilícitas são resolvidos quase sempre através da violência armada, seja entre traficantes rivais ou entre traficantes e policiais que, legitimados pela lei, se utiliza da violência para combater o tráfico de drogas (BOITEUX, 2006, p. 211). Nessa perspectiva, portanto, não é difícil de concluir que a proibição de drogas também causa o aumento da criminalidade.

Outrossim, é de se ver um maior controle sobre a população pobre pelas agências repressivas, além da violação de direitos e ruptura de garantias básicas, o que faz com que o morador de uma comunidade pobre quase sempre conheça a sua cidadania pelo avesso, através das agências repressivas e do sistema penal. Legitimam-se, portanto, a agressão e violência indiscriminada contra as populações mais vulneráveis.

Já para os usuários de drogas ilícitas, a criminalização contribui para a estigmatização destes. Devido à criminalização, os usuários que são dependentes de drogas são forçados a viverem em ambientes de clandestinidade e não possuem acesso aos mecanismos adequados de tratamento de dependentes (CARVALHO, 2013, p. 241). Outrossim, a ilegalidade evita um controle de qualidade dos produtos,

o que faz com que haja a diminuição da qualidade da droga e, conseqüentemente, crescem as possibilidades de overdoses e mortes (BOITEUX, 2006, p. 196).

Conforme a lição de Nils Christie (UPRIMNY, 2002, p. 86), fica claro que as drogas não são proibidas porque são perigosas, mas acabam sendo perigosas porque são proibidas. Além de tudo, há os altíssimos custos de manutenção da política de combate às drogas, como é o caso do aparato bélico e pessoal necessário à guerra as drogas, além do custo com processamento e encarceramento dos pequenos traficantes.

Por fim, a criminalização acaba por funcionar como fator de intervenção no mercado: cria um negócio altamente lucrativo e concentrado junto às empresas internacionais que operam tanto no sistema financeiro como no mercado legal, retirando os “varejistas” da competitividade do negócio (ZACCONE, 2011, p. 25).

Trata-se, por conseguinte, de um grande negócio. Segundo Luciana Boiteux (2006, p. 197), “por uma opção política (e econômica) decidiu-se manter esse grande e lucrativo mercado na ilicitude, o que significa não reconhecer oficialmente a existência dessa indústria milionária, movimentadora de bilhões de dólares anuais”. Fica claro, portanto, que não são as drogas em si, mas a guerra contra elas que representa o maior dano no que diz respeito às drogas dentro da sociedade. De fato, algumas drogas ilegais, assim como algumas legais representam sério perigo para muitos indivíduos, no entanto, a guerra às drogas representa um grave perigo para a sociedade como um todo (CHRISTIE, 2000, p. 160). Assim, a política de combate às drogas visando proteger supostamente apenas uma ínfima parcela da sociedade, isto é, os potenciais dependentes de drogas ilícitas, acaba causando problemas muito maiores para a sociedade como um todo.

3 A FALIBILIDADE DA POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NA CIDADE DO RECIFE

3.1 Notas metodológicas

“Uma metodologia que não questione a estrutura social que condiciona a formação de opinião pública – isto é, que não questione o real, mas procure simplesmente captá-lo – arrisca-se a legitimar o *status quo* muitas vezes injusto” (OLIVEIRA, 2004, p. 69). Luciano Oliveira nesta passagem mostra a necessidade de que as pesquisas se proponham a questionar o real. Ou seja, que em toda pesquisa, deve-se questionar tudo aquilo que nos é posto como verdade, senão corremos o risco de legitimar o *status quo* que muitas vezes é injusto.

Nesse sentido, despertar a percepção das múltiplas conseqüências danosas da política de combate às drogas não se trata de tarefa fácil, vez que o modelo repressivo tem, ao seu lado, uma mídia sensacionalista formadora de opinião. Assim, nos é posto como “verdade universal” que as pessoas que são presas por tráfico de drogas são pessoas violentas, poderosas e perigosas. No entanto, no cotidiano de uma Vara de Entorpecentes, aquilo que é tido como verdade é refutado pela prática.

Ao trabalhar por mais de um ano na 3ª Vara de Entorpecentes da Capital pernambucana, pude perceber que as pessoas selecionadas para responderem pela prática do crime de tráfico de entorpecentes no Recife não condiziam com o discurso propagado pela mídia. Isto é, **na sua maioria esmagadora**, não se tratava de pessoas violentas, poderosas e armadas, pelo contrário, tratava-se de pessoas pobres, encontradas em situação de vulnerabilidade, sem representar perigo algum para as agências repressivas e para a sociedade, vez que encontradas quase sempre com uma quantidade ínfima de drogas e sem portar qualquer tipo de arma.

Assim, e já após ter concluído o estágio na 3ª Vara de Entorpecentes da Capital, para demonstrar empiricamente que aquilo propagado pela mídia não era verdade, participei de um mutirão de interrogatórios da referida Vara que foi realizado no Presídio Professor Aníbal Bruno na data de 07 de novembro de 2013.

Com a análise dos interrogatórios, foi possível levantar dados objetivos e traçar o perfil dos selecionados pelo sistema penal para responderem pela prática do crime de tráfico de drogas na cidade do Recife. Destarte, tudo que foi visto em um dia aleatório, representa exatamente aquilo que foi vivenciado em mais de um ano trabalhando na referida Vara.

3.2 Dados levantados do relatório dos interrogatórios

Dados levantados do relatório:

Total de números de processo: 11 (onze);

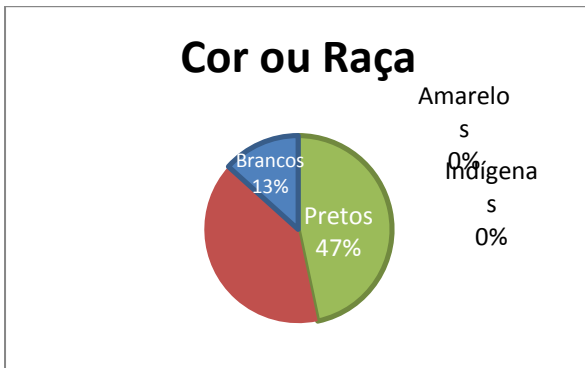
Total de interrogatórios (de presos): 15 (quinze);

Total de alvarás concedidos na audiência: 06 (seis); pós-audiência 03 (três);

Média de meses para a realização da primeira audiência: **05 (cinco) meses**;

Dos 15 (quinze) selecionados, 07 (sete) são pretos, 06 (seis) são pardos e apenas 02 (dois) são brancos; nenhum amarelo ou indígena.³

³ Nessa classificação foi utilizado o sistema classificatório do IBGE, que enquadra a cor/raça em cinco categorias: “preto, branco, pardo, amarelo e indígena”. Como os selecionados não atribuíram a si a cor/raça a que pertencem (autoatribuição), realizou-se uma heteroatribuição, levando-se em conta o fenótipo dos acusados. (OSÓRIO, 2003, p. 12-19)



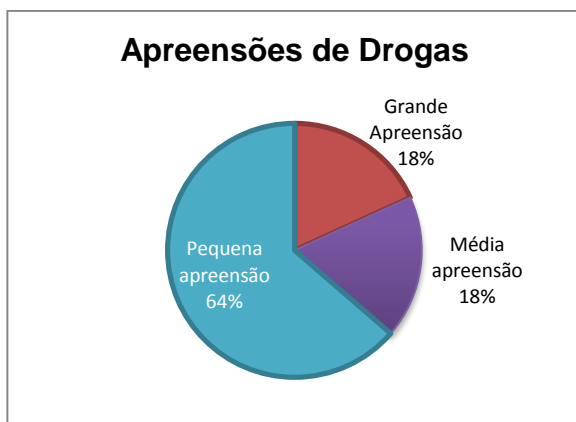
O “crack” é a droga mais presente nas apreensões, apesar do equilíbrio com relação à maconha. De fato, são essas as drogas majoritariamente presentes nas apreensões na cidade do Recife:



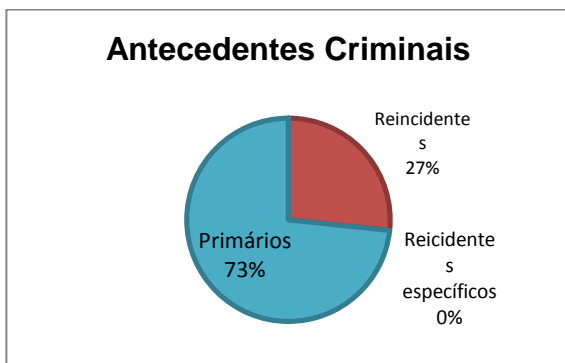
Das 11 (onze) apreensões de drogas, apenas 02 (duas) foram grandes apreensões, ambas de maconha (159 kg – processo 08 e 3.400 kg – processo 10). Esse dado levou em consideração o dinheiro que poderia ser obtido com a venda da droga. Utilizou-se o critério em que o traficante poderia vender a droga em pequenas frações, maximizando o lucro. No Recife, é comum a venda da maconha em “trouxinhas”, chamada usualmente de “big big”, que é vendida normalmente a R\$10,00 (dez reais) (JOVEM..., 2014), contendo aproximadamente cerca de 0,0025g (duas gramas e meia) da droga (DJPE, 2014, p. 682). Assim, percebe-se o máximo de lucro que seria obtido com a venda da droga nesses dois casos em questão.

Com relação ao crack, a pedra normalmente é vendida ao preço de R\$ 10,00 (dez reais) (CRACK., 2009), a maior apreensão dentre os casos em questão, de 111 (cento e onze) gramas (processo 06), daria 462 (quatrocentos e sessenta e duas) pedras, o que equivaleria a R\$ 4.620,00 (quatro mil, seiscentos e vinte reais),

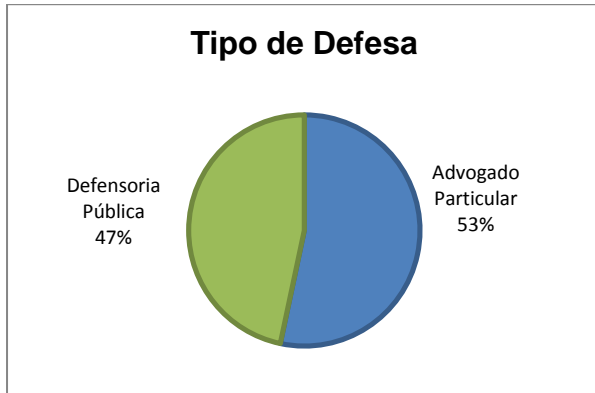
enquadrando-se, portanto, como média apreensão de droga, em comparação com as grandes apreensões de maconha. Note-se, portanto, que as pequenas apreensões são mais recorrentes.



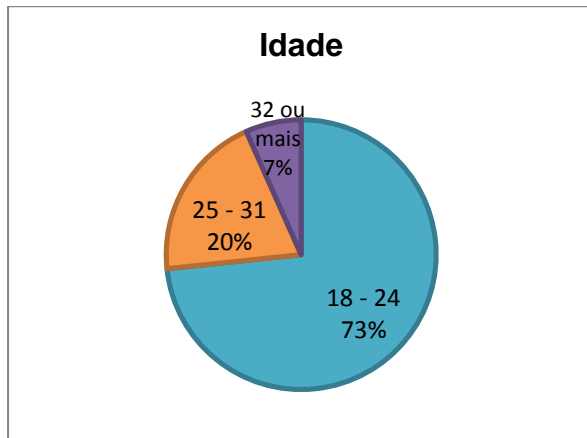
Dos 15 (quinze) selecionados, 11 (onze) são réus primários. Entre os que possuem antecedentes criminais, nenhum havia sido condenado por tráfico anteriormente:



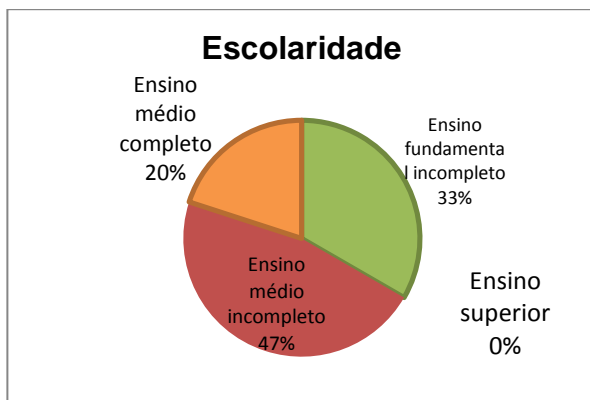
Dos 15 (quinze) selecionados, 07 (sete) são assistidos pela Defensoria Pública:



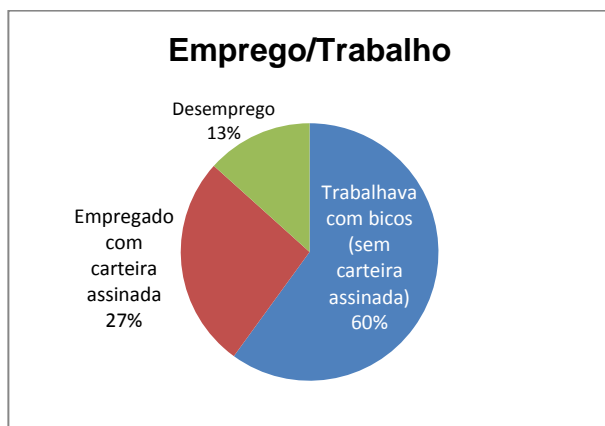
Dos 15 (quinze) selecionados, 11 (onze) têm idade entre 18 a 24 anos:



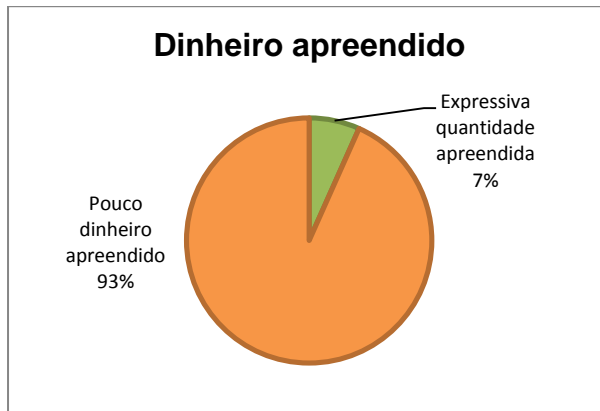
Dos 15 (quinze) selecionados, apenas 03 (três) possuem ensino médio completo. Nenhum com ensino superior, nem mesmo incompleto.



Dos 15 (quinze) selecionados, 11 (onze) não possuíam carteira assinada. A maioria vivia de “bicos”.



Dos 15 (quinze) selecionados, apenas 01 (um) foi encontrado com expressiva quantidade de dinheiro em espécie. Dos 14 (catorze) restantes, ninguém possuía mais que 62 (sessenta e dois reais).



A maioria dos selecionados moram em comunidades pobres e todos os selecionados foram encontrados em locais de fácil acesso para as agências repressivas, quais sejam: becos, vielas, terrenos abandonados, barracos. Todos foram encontrados em locais públicos e/ou dentro de comunidades pobres. **Nenhum dos selecionados portava armas.** Nenhum dos selecionados possuía instrumentos utilizados para confeccionar drogas.

3.3 A falibilidade do modelo repressivo na cidade do Recife

Assim como no relato de Orlando Zaccone, em “acionistas do nada”, e Vera Malaguti Batista em “difíceis ganhos fáceis” acerca do tráfico de drogas no Rio de Janeiro, na cidade do Recife, como em qualquer capital brasileira, temos um quadro similar, para não dizer igual, no que diz respeito aos selecionados a responderem pela prática do crime de tráfico de entorpecentes.

Nesse sentido, pelos dados da pesquisa, temos o perfil traçado do traficante recifense: preto/pardo, encontrado com pouca quantidade de droga, primário, com idade entre 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro) anos, com escolaridade baixa, trabalha normalmente como “biscateiro”, com pouco dinheiro no bolso, advindo de comunidades pobres, encontrado em locais de fácil acesso pelas agências repressivas, sem portar qualquer tipo de arma ou instrumento para confeccionar drogas. Eis os traficantes que superlotam os estabelecimentos prisionais na cidade do Recife: as empresas débeis do mercado de substâncias ilícitas são aquelas que não representam nenhuma ameaça para as agências repressivas e para a sociedade, vez que quase sempre são encontrados sem portar nenhum tipo de arma e com ínfima quantidade de droga. Aquilo visto na prática, portanto, refuta o discurso propagado pela mídia e pelo senso comum, do traficante “armado até os dentes”.

Por outro lado, também se percebe no Estado de Pernambuco aquilo que Zaffaroni chamou de “periculosidade de suspeita”, uma vez que a maioria dos presos são cautelares e não presos condenados (ZAFFARONI, 2011, p. 70). Dados do Ministério da Justiça de dezembro de 2009 apontam que no Estado de Pernambuco

60% do total de presos no sistema penitenciário são presos provisórios (ZACKSESKI, p. 07).

No caso do tráfico de entorpecentes, por ser um crime sem vítima imediata, a fragilidade da prisão cautelar é mais acentuada. Da análise dos interrogatórios, é possível perceber que os selecionados pelo sistema penal no momento da prisão normalmente são encontrados sozinhos e dificilmente alguma testemunha se encontra presente ou que queira testemunhar na defesa do acusado.

Sem vítima imediata e normalmente sem testemunha de defesa que tenha presenciado o fato, a prisão em flagrante é facilmente convertida em prisão preventiva tendo por base os depoimentos dos policiais e o laudo preliminar da droga. Nesse sentido, relevante destacar que apesar de a 3ª Vara de Entorpecentes ter sido criada em maio de 2012,⁴ já em novembro de 2013 a média para que um acusado preso seja ouvido pela primeira vez são 05 (cinco) meses, conforme a pesquisa. Inclusive, houve situação em que o acusado se encontrava preso há mais de 09 (nove) meses, tendo por base exclusivamente aquilo que foi trazido pelas agências repressivas (depoimentos dos policiais e laudo preliminar).

Por outro lado, percebe-se uma grande variedade de quantidade de droga apreendida, sendo a maioria, como visto, apreensão de pequena quantidade de droga. Dessa forma, pelo simples fato de ser morador de uma comunidade pobre, um usuário de droga pode ser enquadrado como traficante e ficar meses presos à espera da primeira audiência que possa desmentir os fatos.

Outrossim, evidência da fragilidade dos fundamentos que baseiam as prisões preventivas é o fato de que dos quinze acusados, **seis** foram soltos na própria audiência. Posteriormente, mais **três** acusados foram soltos, totalizando **nove** acusados que tinham sido presos preventivamente e foram postos em liberdade provisória. Ou seja, **mais da metade** dos acusados que haviam sido presos preventivamente deviam, desde o início, estarem soltos, o que demonstra a fragilidade dos fundamentos das prisões cautelares.

É evidente, portanto, a situação de vulnerabilidade em que se encontra o selecionado para responder pela prática de tráfico de entorpecentes. Também é evidente a vulnerabilidade em que se encontra todo morador de comunidade pobre, que pode ser facilmente enquadrado como criminoso, vez que o sistema penal o possui como clientela específica. Nesse sentido, na tentativa **falha** de proteger potenciais viciados em droga, parece ser justificável que diversas pessoas bem localizadas dentro da sociedade sejam violadas em seus direitos. Parece que proteger potenciais dependentes de drogas ilícitas é mais importante do que a vida e a dignidade de milhares de pessoas pobres.

Nessa perspectiva, fica claro que, assim como no Brasil e no resto do mundo, na capital pernambucana a política criminal de combate às drogas mostra a sua **falibilidade**: longe de acabar com o comércio de substâncias entorpecentes ilícitas, acaba por funcionar apenas como um instrumento de contenção, controle e

⁴ A Lei Complementar nº 204, de 22 de maio de 2012 do Estado de Pernambuco, transformou duas varas criminais (9ª e 14ª Varas Criminais) nas 3ª e 4ª Vara de Entorpecentes da Capital.

genocídio das camadas pobres da população, causando danos muito maiores à sociedade do que o consumo exagerado de drogas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A política criminal de combate às drogas sempre possuiu finalidades econômicas por detrás de sua finalidade oficialmente declarada. A partir da Revolução Industrial, a necessidade de se proibir o uso de substâncias psicoativas se deu pela existência de um novo modelo de economia, que necessitava de uma mão de obra concentrada na produção e no trabalho. Dessa forma, o uso de substâncias que “entorpeciam” era vista como antiprodutivo, vez que desconcentrava sua mão de obra, que passava a maior parte do tempo trabalhando.

Nesse sentido, fica evidente que a política criminal de combate às drogas surgiu em decorrência de uma necessidade econômica. Para se manter como política, e por ser funcional para uma sociedade focada no capital e no trabalho, contudo, necessitava de um discurso e de um bode expiatório. O discurso, já conhecido por todos, elege o primeiro bode expiatório: a droga, como encarnação do mal, deve ser extirpada da sociedade. No entanto, eleger apenas uma coisa como ruim não é suficiente para manter a lógica. Necessita-se de um verdadeiro bode expiatório, uma pessoa para colocar a culpa pelos males causados pelo uso de drogas. Eis que surge o inimigo externo/interno da cruzada do modelo repressivo: o traficante. Não é apenas a droga que é passível de eliminação, o seu fornecedor também o é.

Assim, temos formado no imaginário da sociedade a figura do traficante de drogas: uma pessoa essencialmente perigosa, violenta, poderosa e sem limitações morais. Para essa “coisa” o cárcere não é o bastante, sendo legítima qualquer ação mesmo que violenta por parte das agências repressivas: afinal, trata-se de uma guerra frente ao câncer da droga que desgraa a vida de inúmeras pessoas.

Apesar de ser este o discurso propagado pela mídia, e incorporado pela maioria dos membros da sociedade, o que se vê na prática, contudo, é que os selecionados pelas agências repressivas para responderem pela prática de crime de tráfico de entorpecentes, em sua maioria esmagadora, são pessoas pobres, encontradas normalmente portando uma quantidade ínfima de drogas e sem portar qualquer tipo de arma. Eis o processo seletivo realizado pelo sistema penal, que possui como clientela específica aqueles que se mostram mais vulneráveis perante as agências repressivas. Os traficantes encarcerados são as presas fáceis, que não representam qualquer tipo de ameaça para os policiais no momento da abordagem.

Nessa perspectiva, a política criminal de combate às drogas, longe de diminuir a oferta e o consumo de drogas ilícitas, acaba **apenas** funcionando como um instrumento do sistema capitalista de contenção, controle e genocídio da juventude pobre e negra. Nesse sentido, fica evidente que a política criminal de combate às drogas se mantém até os dias atuais, apesar de ter se mostrado um modelo falho, por ser funcional ao sistema capitalista. Dessa forma, assim como se deu na sua origem, a política se mantém em decorrência de uma necessidade

econômica, e por isso raramente é questionada, vez que possui o apoio da maioria da população e da mídia.

No contexto da cidade do Recife, esse quadro se repete. Eis o perfil do traficante encarcerado recifense: jovem, pobre, negro, encontrado com pouca quantidade de droga e normalmente sem portar qualquer tipo de arma.

A política de combate às drogas na cidade do Recife, portanto, assim como no Rio de Janeiro, no Brasil e nos países que adotam o modelo repressivo é exitosa, e por isso falha, em um único aspecto: o encarceramento das pessoas excluídas do mercado de consumo. Nessa perspectiva, parece evidente que qualquer outro modelo que não se utilize do sistema penal para tratar da questão das drogas, deve ser viabilizado e implementado, sob pena de continuar-se perpetuando um modelo injusto que explora, oprime, vulnera e extingue vidas humanas.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis** – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BOITEUX, Luciana. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHRISTIE, Nils. El control de las drogas como un avance hacia condiciones totalitarias. In: **Criminología Crítica y Control Social**. Rosario: Editorial Juris, 2000.

Crack ignorar é o seu vício? **AMP/RS**, Porto Alegre, RS, ago. 2009. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/CRACK-IGNORAR_e_SEU_ViCIO_DR_MARCELO_14351.pdf>. Acesso em: 16 set. 2014.

Diário de Justiça de Pernambuco (DJPE). Edição nº 119/2014, Recife-PE, 07 de julho de 2014. p. 682. Processo nº 0184612-08.2012.8.17.0001.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Trad. Mathias Lambert. Sabotagem, 2004.

Jovem de 19 anos é preso com 500 big-bigs de maconha. **Site de notícias UOL**. Disponível em: <<http://mais.uol.com.br/view/8bak1uywu0n2/jovem-de-19-anos-e-preso-com-500-big-bigs-de-maconha-04020E983268C0815326?types=A&>>. Acesso em: 16 set. 2014.

OLIVEIRA, Luciano. Os excluídos existem? Notas sobre a elaboração de um novo conceito. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 33, ano 12, 1997.

_____. **Sua excelência o comissário**: e outros ensaios de Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

OSÓRIO, Rafael Guerreiro. **O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE**. IPEA Texto para discussão, n. 996, Brasília, DF, nov. 2003.

SCHEERER, Sebastian. Economia dirigida e perspectivas da política de drogas. **Discursos Seduciosos**: Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

UPRIMNY, Rodrigo. Por una política humanista y democrática frente a las sustancias psicoactivas. In: **Drogas, Derecho y Democracia**. Texto apresentado no seminário itinerante de política criminal POCAL, Bogotá, 2002.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZACKSESKI, Cristina. **O problema dos presos sem julgamento no Brasil**. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1313075866.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Recebido em 02.03.2016
Aceito em 20.02.2017

O TRATAMENTO DOS CONFLITOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: O CASO DO FIM DA BANDA LARGA FIXA ILIMITADA

THE CONFLICT TREATMENT IN THE CONSUMPTION RELATIONS: THE END OF UNLIMITED BROADBAND CASE

Charlise Paula Colet Gimenez¹
Thami Covatti Piaia²

Sumário: Considerações iniciais. 1 Origem: da arpanet à internet. 2 O ciberativismo por #hashtags. 3 Os conflitos das relações de consumo e as formas complementares para o seu tratamento. Considerações finais. Referências.

Resumo: A defesa do consumidor, a partir da Constituição Federal de 1988, é considerada como direito fundamental e um dos pilares estruturantes da ordem econômica no Brasil. Desse modo, considerando-se a garantia constitucional do consumidor, de um lado e, do outro, a vulnerabilidade das relações de consumo, caracterizadas pela hipossuficiência do consumidor, o presente artigo, por meio do método de abordagem indutivo, e método de procedimento socioanalítico, tem por objetivo abordar os conflitos decorrentes das relações de consumo, estudados a partir do caso do fim da banda larga fixa ilimitada no Brasil, e as formas adequadas e extrajudiciais para tratamento, as quais são consideradas formas consensuais e dialogadas que atendem satisfatoriamente os interesses dos envolvidos. Compreende-se, desse modo, que as relações de consumo, caracterizadas pela vulnerabilidade de uma das partes, provoca, quando ações unilaterais e opressoras são praticadas, a insatisfação e o descumprimento das necessidades de todos os envolvidos, razão pela qual a adoção de métodos de tratamento de conflitos, fundamentados na alteridade, na comunicação e na cultura de paz, contribuem para o empoderamento e autonomia dos conflitos, permitindo, assim, o atendimento eficaz e salutar nas relações de consumo.

Palavras-chave: Defesa do Consumidor. Relações de Consumo. Internet. Banda Larga. Tratamento dos Conflitos.

Abstract: The Consumer's Defense (Product and Service Liability) is, since the Federal Constitution of 1988, considered as a fundamental right and one of the foundations of the Brazilian economic order. Therefore, by considering the constitutional safeguard regarding consumers and the vulnerability in consumption relations given by the consumer's hypossufficiency, this paper, throughout the inductive approach and the social-analytical procedure, aims to study the conflicts resulting from the consumption relations, throughout the case of the end of unlimited broadband in Brazil. As well as the adequate alternative dispute resolutions to solve them,

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado, e do Curso de Graduação em Direito, ambos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI, campus Santo Ângelo/RS. Advogada. E-mail: charliseg@santoangelo.uri.br.

² Doutora em Direito Pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS. Graduada pela URI, capus Frederico Westphalen/RS. Professora do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Mestrado e Doutorado em Direito da URI, Campus Santo Ângelo. E-mail: thamicovatti@hotmail.com.

which are considered consensual and dialogued means that may attend satisfactorily the parties interests. It is comprehended, thus, that the consumption relations, given the vulnerability of a party, provokes, when unilateral and oppressive solutions are practiced, the dissatisfaction and the unaccomplishment of the necessities of the whole. Which is why the adoption of alternative dispute resolutions, based upon the distinction of parties, communication and peace culture, contribute to the empowerment and autonomy of parties to solve their conflict, allowing, therefore, the efficacious and healthy care of consumptions disputes.

Key-words: Consumer's Defence. Consumption Relations. Internet. Broadband. Dispute Resolutions.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em consonância com os dados fornecidos pelo Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 2016: dividendos digitais, o Brasil ocupa o quinto lugar em número de usuários de Internet no planeta, atrás da China, dos Estados Unidos, da Índia e do Japão. Ademais, o crescente número de conectados e o conseqüente surgimento de uma identidade *on-line*, faz com que atualmente uma significativa parcela da população divida seus dias entre os espaços *off-lines* e *on-lines* de convivência e representação.

Práticas rotineiras como trabalhar, estudar, pesquisar, namorar, viajar, comprar, vender, exportar, importar, expor produtos e divulgar serviços, sempre foram realizáveis e permitidas em ambos os espaços. Contudo, a humanidade nunca esteve tão disposta e preparada a praticar atos cotidianos de suas vidas, nos espaços *on-lines*. Nesse diapasão, percebe-se a importância da Internet na atualidade, como sendo algo imprescindível para as relações sociais, para a conexão das pessoas e para o desenvolvimento dos mercados e dos países. Para tanto, necessário ter-se garantido o acesso à Internet de qualidade, pagando um preço justo pelo serviço.

Na contramão dessa afirmativa, no primeiro semestre de 2016, divulgou-se a notícia que contrariava todas essas perspectivas: o fim da banda larga fixa ilimitada, atingindo, nesse sentido, milhões de usuários/consumidores de Internet no Brasil. Após a divulgação dessa pretensão, imediatamente manifestações pela Internet começaram a surgir, fazendo com que a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), por parte da Superintendência de Relação com Consumidores – SRC, promulgasse, cautelarmente, por um período de noventa dias, uma medida estipulando que as empresas de telecomunicações se abstivessem de adotar práticas de redução de velocidade, suspensão de serviço ou de cobrança de tráfego excedente após o esgotamento da franquia, ainda que tais ações encontrem previsão em contrato de adesão ou em plano de serviço, até o cumprimento cumulativo de determinadas condições, sob pena de multa diária. Na defesa da sociedade civil, registrou-se que a ação unilateral corroborou com a prática opressora e de exploração das pessoas, sendo contraditória a posição de uma entidade de defesa dos consumidores ao normatizar o referido término da banca larga ilimitada. A partir do exposto, o presente artigo, por meio do método de abordagem indutivo, e método de procedimento socioanalítico, objetiva abordar os

conflitos decorrentes das relações de consumo, caracterizados no estudo em tela pelo caso do fim da banda larga fixa ilimitada, e as formas adequadas e extrajudiciais para o seu tratamento mais humano.

A medida adotada pelo fim da banda larga ilimitada insere-se nas relações de consumo em que uma das partes, o consumidor, encontra-se em uma posição de hipossuficiência e vulnerabilidade, requerendo ações de proteção e, ao mesmo tempo, de empoderamento e autonomia para capacitá-lo a tratar os conflitos decorrentes do consumo. No entanto, observa-se que o modelo triádico – no qual um terceiro juiz, alheio a um conflito, encontrando-se acima das partes, profere uma decisão, por meio da jurisdição a ele conferida, determinando o ganhador e o perdedor do litígio –, perpetua as posições desiguais nas relações de consumo, reforçando, por vezes, as práticas abusivas ao mesmo tempo em que rechaça o atendimento das necessidades a serem atendidas no conflito, uma vez que no conflito judicializado, as pessoas perdem o seu rosto, sua identidade e tornam-se mudas.

Justifica-se, portanto, a abordagem ora proposta de superação do modelo *retro* descrito e o reconhecimento de uma postura dicotômica, cujos conflitantes constroem suas respostas.

1 ORIGEM: DA ARPANET À INTERNET

A origem da Internet está vinculada a um projeto ousado, revolucionário e necessário para a época, nas palavras de Castells, imaginado na década de 1960 pelos guerreiros tecnológicos da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada do Departamento de Defesa dos Estados Unidos (a mítica DARPA) para impedir a tomada ou destruição do sistema norte-americano de comunicações pelos soviéticos, em caso de guerra nuclear (CASTELLS, 1999). Sem centro, autônoma e anônima, a ARPANET,³ consoante apontam Malini e Antoun, era o diagrama ideal para proteger a informação do “inimigo vermelho”. Com o tempo, acabou sendo apropriada pela cooperação universitária, tornando-se uma outra coisa: um modelo radical de comunicação onde todos pudessem, pelo menos em tese, se comunicar com todos (MALINI; ANTOUN, 2013). De certa forma, foi o equivalente eletrônico das táticas maoístas de dispersão das forças de guerrilha, por um vasto território, para enfrentar o poder de um inimigo versátil e conhecedor do terreno (CASTELLS, 1999).

A Internet – criada originalmente como uma máquina de combate – era um dispositivo de monitoramento e controle. Mas foi tomada de assalto por micropolíticas estranhas, fazendo da rede um meio de vida e uma máquina de cooperação social, por intermédio da multiplicação de grupos de discussão na

³ A Arpanet é o nome da rede militar que conectou, em 1969, quatro *campi* universitários, para que a comunicação de pacotes pudesse acontecer fazendo com que informações sigilosas e estratégicas circulassem, em nano pedaços, nos servidores universitários, de modo que em um dos pontos dessa rede elas fossem reunidas ao mesmo tempo em que pudessem estar em lugar nenhum.

USENET⁴ e nas BBSs⁵ (de quem as redes atuais se originam), tornando a então ARPANET um dispositivo de produção de relações, de afetos, de cooperação e trocas de conhecimentos micropolíticos, e não apenas um meio de transporte de informações científicas, financeiras e militares (MALINI; ANTOUN, 2013, p. 17).

Depois de 1969, as redes da sociedade civil se tornaram tão maiores que as militares, que a ARPANET foi dividida em duas em 1983. De um lado, uma rede fechada e segura: a rede MilNet, para fins militares. De outro, a Arpanet-Internet [...]. Ambas funcionando numa “arquitetura de resistência”: descentralização, anonimato e autonomia (MALINI; ANTOUN, 2013, p. 250).

No ano de 1984, a rede global de computadores foi nomeada de *Internet Protocol* (IP). Como bem enfatizam Malini e Antoun, não se trata, portanto, de ver em 1984 um momento moral da Internet. Ou seja, ver a primeira rede, a militar, como bélica, e a segunda, a científica, como a difusão da cooperação social. Na verdade, acentuam os autores, a formação de classe que agita a rede – misturando os ativistas da contracultura aos pesquisadores universitários e aos militares do Departamento de Defesa Americano – faz a Internet viver, desde o seu início em 1969, uma tensão constante de diferentes movimentos e poderes (MALINI; ANTOUN, 2013, p. 18). Essa é a característica principal da Internet, que a acompanha desde sua origem.

É provável que o fato de a constituição desse paradigma ter ocorrido nos EUA e, em certa medida, na Califórnia e nos anos 70, tenha tido grandes consequências para as formas e a evolução das novas tecnologias da informação. Por exemplo, apesar do papel decisivo do financiamento militar e dos mercados nos primeiros estágios da indústria eletrônica, da década de 1940 à de 1960, o grande progresso tecnológico que se deu no início dos anos 70 pode, de certa forma, ser relacionado à cultura da liberdade, inovação individual e iniciativa empreendedora oriunda da cultura dos *campi* norte-americanos da década de 1960 (CASTELLS, 1999, p. 43).

Princípios como cooperar e criar conhecimento de maneira colaborativa, partindo do livre acesso à informação, portanto, são valores que procedem do entorno universitário no qual se desenvolveram, destaca Himanen (2002). Este parentesco com o modelo acadêmico de investigação não é acidental: a transparência pode ser considerada um legado que os *hackers*⁶ receberam da universidade. Assim, “a rede foi criada para compartilhar, cooperar e criar conhecimento de maneira

⁴ Usenet: primeira plataforma popular de conversação online na história da rede e a fundadora da relação “muitos-muitos” como modelo do diagrama de comunicação através da Internet.

⁵ *Bulletin Board System*.

⁶ En el centro de nuestra era tecnológica se hallan unas personas que se autodenominan hackers. Se definen a sí mismos como personas que se dedican a programar de manera apasionada y creen que es un deber para ellos compartir la información y elaborar software gratuito. No hay que confundirlos con los crackers, los usuarios destructivos cuyo objetivo es el de crear virus e introducirse en otros sistemas: un hacker es un experto o un entusiasta de cualquier tipo que puede dedicarse o no a la informática” (HIMANEN, 2002, p. 02).

colaborativa a partir do livre acesso à informação” (TASCÓN; QUINTANA, 2012, p. 19). Tanto os pesquisadores como os *hackers* sabem por experiência que a ausência de estruturas rígidas é uma das razões pelas quais o seu modelo é tão poderoso. Os *hackers* e os pesquisadores começam se dedicando à sua paixão e logo depois passam a trabalhar em rede com outras pessoas que compartilham do mesmo sentimento (HIMANEN, 2002, p. 48).

Dessa forma, se percebe que a origem da Internet, vinculada a um projeto ousado, revolucionário e necessário para a época, desenvolvida por especialistas defensores do acesso ao conhecimento, do compartilhamento de informações, da criatividade, da liberdade e da descentralização do poder, se orienta por esses princípios, devendo, assim, continuar sendo. Nesse sentido, compreende-se que acesso à internet não se resume apenas aos dados, mas inclui a preservação da expressão de cidadania, expressa na inclusão social, razão pela qual requer políticas claras para sua consecução, cuja face nessa seara se traduz em inclusão digital (SANTOS, 2016).

Dessa forma, questiona-se se as atuais mobilizações sociais, conectadas às novas tecnologias, teriam efeitos sobre as políticas contemporâneas, agindo como instrumentos ativos, ou se são apenas mais um meio de compartilhamento imediato de informações e reivindicações.

2 O CIBERATIVISMO POR #HASHTAGS

Por ser um espaço de representação da democracia e da participação, [...] poucas vezes a concepção de uma tecnologia engajou tanto o caráter político quanto a da Internet. A coincidência não é fortuita. É em São Francisco que a juventude americana vive a efervescência do “*Summer of Love*”, em 1967, que um ano mais tarde, Doug Engelbart, diretor do *Stanford Research Institute* (CARDON, 2012, p. 07),

realiza a “mãe de todas as demonstrações matemáticas” mostrando às pessoas como a comunicação entre dois computadores pode “aumentar a inteligência humana.” Certamente o público presente na demonstração não se assemelhava aos *hippies* daquela época. Apesar da diferença, compartilhava a mesma aspiração de reconstruir a sociedade “por baixo” reforçando a autonomia dos indivíduos (CARDON, 2012, p. 07).

Observa-se que a Internet valorizaria os indivíduos e a livre iniciativa; subverteria a autoridade; transformaria em bem comum aquilo que outros gostariam de privatizar, e assim por diante, aponta Cardon (2012). No entanto, tentar atribuir-lhe um lugar específico no jogo político é inútil: sua forma é inclassificável. Tem-se que o seu desenvolvimento altera a concepção e a prática da democracia, pois a Internet estimula todas as experiências que ultrapassam o limiar entre representantes e representados: deliberação ampliada, auto-organização, implementação de coletivos transnacionais, socialização do saber, desenvolvimento de competências críticas etc.

Assim, compreende-se que a Internet não é uma mídia como as outras. Muitos gostariam de inseri-la em uma cronologia que começaria com a imprensa e seguiria com o rádio e a televisão. A Internet seria de alguma forma o resultado natural da evolução das mídias de massa, pois consegue associar o texto, o som e a imagem no formato digital da multimídia.

Mas essa concepção, que encadeia temporalmente os grandes suportes de informação, é excessivamente simplista. Ela transpõe preguiçosamente para a Internet modelos que foram forjados no mundo das mídias tradicionais: uma prática do controle editorial, uma economia da raridade, uma concepção passiva do público. Bastaria dominar esta jovem mídia rebelde para que se perpetuassem os modelos econômico, cultural e político estabelecidos ao longo do século XX (CARDON, 2012, p. 02).

A Internet não é um formato de mídia tradicional, [...] como muitos aprenderam à sua custa –, a Web não se deixa domesticar facilmente. Na compreensão de Cardon (2012), ela inventa formas inéditas de compartilhamento de saber, de mobilização coletiva e de crítica social. Não distribui o valor aos produtores de conteúdo tradicionais, mas sim a novos atores capazes de organizar os fluxos do tráfego de internautas. Desse modo, [...] a Internet não se deixa aprisionar na concepção tradicional que criamos para nós das mídias de massa (CARDON, 2012, p. 02). Com a emergência do ciberespaço (ambientes virtuais comunitários e participativos de grupos de discussões), a comunicação distribuída suporta uma série de ativismos [...] (MALINI; ANTOUN, 2013, p. 19-20).

O aparecimento do ciberativismo – numa versão *hacker* e comunitária – rompe com o próprio ativismo social que se realizava até então no campo da comunicação social. Na época, a “guerrilha midiática” acontecia com a produção da contrainformação usando o meio da radiodifusão (rádio, especialmente). Com a invenção do ciberespaço, a guerra de informação ocorre de modo subterrâneo, entre aqueles que possuem centrais de comunicação mediadas por computadores (MALINI; ANTOUN, 2013, p. 19-20).

Assim, no período atual, pela existência de um ciberativismo atuante e pela característica reticular da formação da sociedade, Di Felice enfatiza que a conexão e o acompanhamento em tempo real dos acontecimentos, através do acesso às redes de informações, possibilita, ao lado do acesso à dimensão informativa, a conexão e o compartilhamento das diversas reações emotivas, gerando um particular tipo de sensibilidade conectiva, bem diferente das dimensões opinativas racionais da esfera pública moderna (DI FELICE, 2016).

Exemplo da força dessa conexão e indignação pelo ciberativismo aconteceu no Brasil, no primeiro semestre de 2016, quando os usuários/consumidores de Internet foram surpreendidos por uma notícia que os insurgiu: o fim da banda larga fixa ilimitada (UOL, 2016). Após a divulgação dessa pretensão, imediatamente, manifestações na própria rede começaram a surgir, na forma de petições *on-lines*, contra o Limite na Franquia de Dados na Banda Larga Fixa (AVAAZ.ORG, 2016) com milhões de assinaturas, além de reclamações na rede, contendo as

hashtags#ImpeachmentDaAnatel,#InternetJusta, #ForaInternetLimitada, por centenas de milhares de vezes, protestando contra a proposta das empresas de telecomunicações e contra o posicionamento da Anatel.

A pressão organizada pela opinião pública na web foi tão significativa que as empresas de telecomunicações, momentaneamente, suspenderam suas pretensões. Sobre essas manifestações em rede e seu poder de alcance e decisão, sustenta-se que ao conectar não apenas pessoas, mas todos os tipos de superfícies, permite-se o advento de uma ecologia que torna inseparáveis de todos os tipos de materialidades e acontecimentos (DI FELICE, 2016).

Na mesma orientação, tem-se o Relatório Analítico da Ouvidoria da Anatel, elaborado pelo ouvidor Aristóteles dos Santos, e publicado em agosto de 2016:

[...] a Medida Cautelar adotada pela Anatel, é necessário reconhecer, foi insuficiente e inadequada em face da relevância da questão. E frente à repercussão negativa da decisão cautelar, a Agência se viu obrigada a rever sua posição inicial e determinar que por tempo indeterminado nenhuma limitação de acesso à internet seria imposta aos consumidores e que a decisão sobre o tema seria tomada pelo colegiado da Anatel, ou seja, pelo Conselho Diretor (SANTOS, 2016).

O prazo de noventa dias, estipulado em abril de 2016, para que as empresas de telecomunicações se adaptassem às exigências estipuladas pela Anatel, expirou. Tem-se, nessa ótica, que a Internet, além de um espaço *on-line* de convivência e representação, garante desde sua origem, a liberdade e a criatividade como princípios basilares, tanto assim que no momento em que os usuários/consumidores brasileiros se indignaram e se revoltaram com a tentativa de acabar com a banda larga fixa ilimitada, usaram a própria internet como uma esfera participativa de democracia, apresentando um novo modelo de cidadania insurgente: a golpe de *hashtags*! (DI FELICE, 2016).

Compreende-se, a partir do exposto, que tais mudanças na prestação de serviços exigem não somente previsão em lei, mas respeito aos direitos do consumidor, cuja proteção encontra-se assegurada na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º, inciso XXXII,⁷ e 170,⁸ e na Lei 8.097/90 (Código de Defesa do

⁷ XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...].

⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

Consumidor), em especial, no artigo 6º, o qual estabelece os direitos do consumidor, destacando-se, desse modo, o inciso V: “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosa [...]”, além da legislação que regula a Internet no Brasil, o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14), que em seu artigo 7º preceitua que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: IV – não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização; V – manutenção da qualidade contratada da conexão à internet.

Tem-se, nesse sentido, a violação aos direitos do consumidor, o qual, de acordo com o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, considera-se aquele que adquire produto ou serviço como destinatário final, cujo conceito é expressado abaixo:

[...] é aquele que adquire certo bem ou serviço para seu uso, não tendo a pretensão de utilizá-lo como bem de produção. Quanto à pessoa física se compra um bem para utilizá-lo como consumidor final, o enunciado legal acima transcrito se aplica de imediato: ela é consumidora. Entretanto, no que tange à pessoa jurídica, é preciso fazer a ressalva que somente será consumidora se o bem adquirido não servir como insumo ou meio para a sua produção que será colocada no mercado novamente (BELLINI JUNIOR, 2006, p. 64).

Inserese, nesse conceito, o usuário de internet, cujo fim da banda larga ilimitada acarreta na violação às relações de consumo, considerada, inclusive, a sua vulnerabilidade diante do fornecedor. Ou seja, observa-se que a medida fragiliza e enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo, o que exige a proteção do Direito do Consumidor (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2010, p. 87). Vislumbra-se, nesse rumo, a vulnerabilidade do consumidor, o qual, ao adquirir ou utilizar determinado serviço ou produto, tem a presunção de que é destinatário final e, portanto, consumidor vulnerável, justificando sejam adotadas as normas de proteção ao consumidor.

Trata-se, desse modo, de garantias que orientam e instrumentalizam as relações de consumo, as quais, uma vez violadas, permitem seja reparado o lesado, por meio de órgãos de proteção ao consumidor, como o Procon, ou, pela forma mais utilizada, por meio da ação judicial. No entanto, o modelo triádico, cuja decisão decorre de um terceiro alheio ao conflito, e acima dos envolvidos, descumpra com os preceitos constitucionais acima indicados e corrobora com ações unilaterais. Inserese, nesse contexto, a necessidade da adoção de formas de tratamento dos conflitos, fundamentadas no diálogo, na alteridade e na cultura de paz, para atender

IX – tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte;
IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)
Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

adequadamente os conflitos decorrentes de relações de consumo, o que será a seguir abordado.

3 OS CONFLITOS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E AS FORMAS COMPLEMENTARES PARA O SEU TRATAMENTO

O estudo dos meios complementares de tratamento adequado de conflitos justifica-se pela cultura moderna de judicialização do conflito, em especial no Brasil, a partir do exaurimento do modelo tradicional de intervenção do terceiro juiz, e a necessidade de concretização da política pública de tratamento adequado de conflitos a partir de métodos autocompositivos.

Apresentam-se, assim, os mecanismos consensuais de tratamento de conflito, os quais, ao invés de delegar o poder da resposta, aproximam os envolvidos do poder de geri-los, caracterizando-se pela proximidade, oralidade, ausência ou redução de custos, rapidez e negociação (MORAIS; SPENGLER, 2012).

São diversos os métodos que objetivam a autocomposição do conflito, dentre eles encontram-se a negociação; a mediação; e a conciliação. Além desses, outros mecanismos, a partir da experiência norte-americana, podem ser indicados: avaliação neutra prévia; avaliação neutra pericial; assistente neutro; esclarecedor de questões de fato (*fact-finder*); conselheiro especial (*special master*) e o julgamento simulado (*mini-trial*), dentre outros. No entanto, nem todos os meios adequados de tratamento de conflitos são autocompositivos. Há, nesse sentido, a arbitragem, método heterocompositivo, com diversas variações: mediação/arbitragem; arbitragem/mediação; *high-low*; perícia arbitral e *rent a judge* (CALMON, 2015).

No presente estudo, abordar-se-ão a negociação, a conciliação e a arbitragem como expressões do movimento ADR. Destaca-se a escolha de tais métodos em razão do objeto de estudo: relações de consumo. Assim, os métodos ora analisados apresentam as características mais adequadas a tais conflitos.

A negociação,⁹ considerada como o primeiro método de tratamento de conflito, caracteriza-se por permitir que as próprias partes envolvidas no conflito alcancem a solução, sem o auxílio de uma terceira pessoa¹⁰ (LUCHIARI, 2012). “Na negociação, [...], apenas as partes em conflito buscam, por elas mesmas, a solução da dissidência” (SALES, 2004, p. 36). O método ora em estudo deve produzir um acordo sensato, se houver possibilidade de acordo; da mesma forma, deve ser eficiente e deve aprimorar o relacionamento entre as partes (FISCHER; URY; PATTON, 1994). O cumprimento do acordo não é obrigatório e as partes são livres para firmá-lo. No entanto, se for eficaz, por conseguinte, será naturalmente cumprido (SALES, 2004).

⁹ Consoante estabelece Garcez (2013, p. 29), “a palavra “negociação” é associada às vezes a “negócio” da qual seria derivada. Etimologicamente, porém, *negotium* não designa especificamente o comércio, mas sim o conceito de atividade, utilidade, a negação do ócio, da desocupação ou inatividade”.

¹⁰ Para Calmon (2015, p. 105), “negociação é o mecanismo de solução de conflitos com vistas à obtenção da autocomposição caracterizado pela conversa direta entre os envolvidos sem qualquer intervenção de terceiro como auxiliar ou facilitador”.

Trata-se de uma atividade inerente à condição de ser humano, a qual pode ser pessoal e informal, fazendo parte da natural convivência no tecido social. Consiste em um método direto e eficiente porque preserva a autoria das partes que por meio do diálogo objetivam alcançar uma decisão conjunta (GARCEZ, 2013).

A partir dos estudos de negociação desenvolvidos pela Faculdade de Direito da Universidade de Harvard (*Program on Mediation*), compreende-se que uma boa negociação requer: a) a separação das pessoas do problema; b) a concentração nos interesses e não nas posições que ocupam ou se encontram; c) a criação de uma variedade de possibilidades antes da decisão padrão; e d) um objetivo que dê sustentação ao resultado¹¹ (SALES, 2004). Da mesma forma, há três modelos de negociação. A negociação distributiva ou “barganha de posições” se baseia nas posições apresentadas pelas partes, as quais fazem concessões a partir delas que permitem a obtenção de um acordo. Por sua vez, a negociação integrativa considera a ampliação dos ganhos possíveis, razão pela qual se aplica em casos com mais de um objetivo a alcançar. A seu turno, a negociação por princípios, cooperativa ou colaborativa, modelo proposto pela Universidade de Harvard, realiza a negociação a partir dos reais interesses das partes, tratando o processo como uma experiência colaborativa para a solução comum (LUCHIARI, 2012). Ou seja, é definida como um “meio básico de conseguir o que você necessita de outras pessoas ou como um processo de comunicação de ida e volta com o propósito de chegar a uma decisão conjunta” (CALMON, 2015, p. 108).

A negociação traduz-se na habilidade fundamental para a implantação bem-sucedida da maioria dos métodos complementares de tratamento de conflitos, e o seu conhecimento prático-teórico, aumenta a eficiência na operacionalidade do processo, dos procedimentos, das normas éticas e do comportamento (KEPPEN; MARTINS, 2009).

Por sua vez, a conciliação,¹² enquanto método autocompositivo, apresenta-se como a atividade desenvolvida para incentivar, facilitar e auxiliar as pessoas em conflito – partes – a chegarem a um acordo, a partir da postura ativa do conciliador, o qual manifesta sua opinião e faz proposições para alcançar os termos do acordo¹³ (CALMON, 2015). Significa, portanto, que o conciliador¹⁴ não se limita apenas a

¹¹ Nesse rumo, adicionam Fisher, Ury e Patton (1994, p. 58-59) que o “problema básico de uma negociação não está nas posições conflitantes, mas sim no conflito entre as necessidades, desejos, interesses e temores de cada lado. [...] seus interesses são aquilo que fez com que você decidisse dessa forma”.

¹² Para Luchiarri (2012, p. 15), “a conciliação é o método de solução de conflitos no qual um terceiro imparcial, que domina a escuta, sem forçar as vontades dos participantes, investiga apenas os aspectos objetivos do conflito e sugere opções para sua solução, estimulando-os à celebração de um acordo”. Já Morais e Spengler (2012, p. 173) conceituam conciliação como “um instituto que tem por objetivo chegar voluntariamente a um acordo neutro e conta com a participação de um terceiro – conciliador – que intervém, podendo inclusive sugerir propostas para fins de dirigir a discussão”.

¹³ A conciliação classifica-se em pré-processual ou processual. Considera-se pré-processual aquela que ocorre sem a existência de um processo judicial prévio, mas realizada no âmbito do Poder Judiciário, a fim de evitar o ajuizamento de uma demanda. A conciliação processual, por outro lado, ocorre concomitantemente ao processo e é desenvolvida no ambiente judicial, pelo próprio juiz da causa ou por um conciliador (CALMON, 2015, p. 142-143).

¹⁴ De acordo com Cahali (2012, p. 40), “[...] a criatividade deve ser um dos principais atributos do conciliador; dele espera-se talento na condução das tratativas na oferta de diversas opções de composição

auxiliar as partes a chegarem, por si próprias, a um acordo, mas aconselha e busca induzi-las para chegar ao resultado, fazendo-as dividir seus direitos de forma que possam decidir com maior celeridade (GARCEZ, 2013).

Na conciliação o objetivo está no acordo, ou seja, as partes, enquanto adversárias no conflito, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial ou, se já ajuizado, o seu trâmite. O conflito resolvido é aquele exposto, não cabendo ao conciliador apreciá-lo com profundidade (SALES, 2004). Nos casos em que não existe um relacionamento duradouro e continuado entre as partes, tendo o objeto do litígio exclusivamente material, ainda que o acordo não atinja todos os seus interesses e necessidades, a técnica de tratamento de conflitos mais adequada é a conciliação,¹⁵ razão pela qual se indica as relações de consumo (LUCHIARI, 2012). Nessa ótica, quando não há relacionamento entre as partes ou em relacionamentos circunstanciais (por exemplo, compra e venda casual), a conciliação apresenta-se como meio satisfatório para o tratamento do conflito (SALES, 2004).

Em alguns países, como nos Estados Unidos da América, a conciliação tem sido absorvida pela mediação, o que contribui para a dificuldade de separação entre os dois métodos autocompositivos (LUCHIARI, 2012). Ademais, percebe-se a carência na distinção entre ambas na Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça brasileiro, a qual implantou a política nacional de tratamento de conflitos, introduzindo a mediação e a conciliação como métodos adequados e complementares ao tratamento do conflito, porém deixou de diferenciá-los, provocando, na prática, a confusão entre os dois institutos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

No Brasil, a conciliação tem previsão legal no artigo 3º do Código de Processo Civil de 2015¹⁶ (vigente a partir de 18 de março de 2016), determinando a busca pela conciliação em todas as demandas judiciais.¹⁷ Por outro lado, tem-se o conciliador privado, cuja previsão reside na Lei n. 9.958/00, sendo eleito pelos trabalhadores das empresas para compor comissões intersindicais de conciliação,

equilibrada, para as partes escolherem, dentre aquelas propostas, a mais atraente à solução do conflito. Destaque-se, portanto, que o conciliador efetivamente faz propostas de composição, objetivando a aceitação pelas partes e a celebração do acordo. A apresentação de propostas e a finalidade de obter o acordo são, pois, duas características fundamentais da conciliação”.

¹⁵ Nesse sentido, observa-se o artigo 165 do Código de Processo Civil: [...] “§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”.

¹⁶ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial [...].

¹⁷ A Lei n. 13.105/05, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, com entrada em vigor a partir de 18 de março de 2016, estabelece em seu artigo 165 que: “Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”.

com a finalidade de conciliar previamente os conflitos individuais do trabalho. Os Juizados Especiais Cíveis, criados pela Lei n. 9.099/95, têm por objetivo a conciliação em causas com valor não superior a 40 salários mínimos (causas de menor complexidade), estabelecendo o artigo 21 da referida lei que após aberta a sessão da audiência, o juiz togado ou leigo esclarecerá as vantagens da conciliação, e mostrará os riscos e as consequências do litígio (GARCEZ, 2013).

A seu turno, a abordagem da arbitragem enquanto estratégia de controvérsias requer um resgate de suas origens no processo civil romano da época pré-clássica, pois o árbitro moderno remonta ao juiz privado romano (*iudex*) e o compromisso arbitral a *litis contestatio*. A história revela que a arbitragem tem registros desde a Antiguidade, encontrando-se sua presença nos povos gregos (Tratado de Paz entre Esparta e Atenas de 445 a.C.) e nos povos romanos, os quais empregavam nas relações particulares. A arbitragem romana tem grande semelhança com os princípios constantes nas leis-padrão no instituto atual. Por sua vez, o Brasil tem a arbitragem legalmente instituída desde a colonização portuguesa, sendo primeiramente prevista nas Ordenações Filipinas, seguida pelo Código Comercial Brasileiro de 1850, Lei n. 1.350/1866 e Código Civil de 1916. Ainda, destaca-se a presença da arbitragem nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, estando atualmente concretizada na Lei n. 9.307/96 (MORAIS; SPENGLER, 2012).

Na Carta Magna brasileira, o instituto da arbitragem consagrou-se inicialmente na Constituição de 1946, sendo repetido na de 1967; EC 1969, e atualmente na de 1988. No plano internacional, verifica-se um crescimento decorrente da globalização econômica, o que contribuiu para revestir de importância os juízos arbitrais. Assim, a arbitragem teve como marco a aderência aos tratados e convenções internacionais, e a partir disso o Brasil se tornou mais receptivo ao instituto. A Lei n. 9.307/97,¹⁸ portanto, substituiu o ineficiente modelo de “juízo arbitral”, revestindo-o de caráter atual, disciplinando a convenção de arbitragem, a manifestação de vontade, adaptou o novo diploma aos textos legais conexos, explicitou o acesso ao Judiciário aos eventualmente prejudicados, a eficácia dos tratados internacionais e a postura ética dos árbitros. Destaca-se que a entrada em vigor da referida lei representou uma transformação que adveio em grande parte da sua importância diante das relações comerciais internacionais, modificadas pelo cenário mundial econômico, particularmente pela transnacionalização da economia e pela construção de blocos supranacionais.¹⁹

¹⁸ O Projeto de Lei n. 7108/14, de autoria do Senador Renan Calheiros, transformado em Lei Ordinária n. 13.129/15, “altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem; e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996” (Lei 13.129/15).

¹⁹ Nessa mesma linha, Gabbay, Faleck e Tartuce (2013, p. 92-93) assinalam que a Lei da Arbitragem trouxe significativas vantagens como: “(i) o reconhecimento da eficácia vinculante da convenção de arbitragem, ou seja, uma vez escolhida a arbitragem, não se pode ignorar a cláusula e levar o litígio ao Judiciário, sob pena de extinção do processo judicial, sem julgamento do mérito; (ii) a equiparação da sentença arbitral à sentença judicial, sem a necessidade de posterior homologação judicial da sentença proferida pelos árbitros. O julgamento na arbitragem não pode ser revisto pelo Judiciário”.

Nesse rumo, a arbitragem constitui-se em uma estratégia de extrema importância, para a qual o Estado confere “faculdades jurisdicionais”, como outorgar às decisões arbitrais força de coisa julgada, sem a necessidade de homologação das mesmas pelos tribunais estaduais²⁰ (MORAIS; SPENGLER, 2012). No entanto, destaca-se que embora a arbitragem seja um instrumento particular para tratamento do conflito, desenhada para satisfazer aos interesses das partes, ela “[...] contains the essential elements of court adjudication – proofs and arguments are submitted to a neutral third party who has the power to issue a binding decision”²¹ (GOLDBERG; SANDER; ROGERS; COLE, 2012, p. 303).

Apontam-se os fatores gerais que inspiraram o despertar do interesse no instituto da arbitragem:²² a) vícios da via judiciária – o afogamento do Poder Judiciário somado à morosidade desestimulam a resolução de conflitos perante a Justiça tradicional; b) crescente complexidade dos negócios – reflexo da complexidade das relações sociais, o que exige/requer possibilidade/necessidade de utilização de pessoal técnico que desfrute de idoneidade profissional, como perito árbitros; c) natureza do procedimento arbitral – diverso do Poder Judiciário, não sobre as suas inconveniências, o que lhe confere, em tese, rapidez, neutralidade, especialização, confidência, flexibilidade e baixo custo; d) certeza da aplicação da norma desejada – em decorrência de que as partes acordam acerca do direito aplicável; e) crescente facilidade da execução das sentenças arbitrais.

Conceitua-se arbitragem como o meio pelo qual o Estado, ao invés de interferir diretamente nos conflitos de interesses, impondo a sua decisão, permite que uma terceira pessoa o faça, a partir de um procedimento e da observação de regras mínimas, mediante uma decisão com autoridade idêntica à de uma sentença judicial. Dessa forma, as partes, ao optarem pela arbitragem, afastam a jurisdição estatal, e substituem por outra estratégia de tratamento de conflitos, reconhecida e regulada pelo Estado, permitindo a execução das decisões proferidas, bem como

²⁰ Nesse sentido, Keppen e Martins (2009, p. 81, p. 96) afirmam que “o modelo tradicional de arbitragem considera processo voluntário aquele em que as partes submetem um conflito a uma terceira pessoa imparcial que tomará a decisão. Este modelo é o resultado de um arranjo contratual selado antes do início da controvérsia, ou após o surgimento da mesma, onde a arbitragem será substituída pelos procedimentos judiciais formais”.

²¹ Adicionam, ainda, Goldberg; Sander; Rogers; e Cole (2012, p. 304) que “arbitration differs from court adjudication, however, in that, unless the parties agree otherwise, the only pretrial discovery will be that mandated by the arbitrator. Additionally, the hearing is usually more informal than a court hearing, and the rules of evidence are not strictly applied”. Tradução livre: “a arbitragem se diferencia da adjudicação judicial que a única descoberta pré-julgamento será determinada pelo árbitro, exceto se as partes pactuarem de forma contrária. Em adição, a audiência é geralmente mais informação do que a judicial, e as regras no tocante às evidências/provas não são estritamente aplicadas”.

²² Para Goldberg; Sander; Rogers; e Cole (2012, p. 214) destacam-se como vantagens da arbitragem em relação ao processo judicial: “[...] expertise of the decision maker; [...] finality of the decision; [...] privacy of the proceedings; [...] procedural informality; [...] speed” (Tradução livre: “especialização do tomador de decisões; finalidade da decisão; privacidade do procedimento; informalidade e celeridade”). As mesmas vantagens também são indicadas por Scavone Junior (SCAVONE JUNIOR, 2010, p. 17-18), quais sejam: a) especialização; rapidez; irrecorribilidade; informalidade; e confiabilidade.

sejam anuladas aquelas que não tenham observado um mínimo de regras exigidas pelo legislador (MORAIS; SPENGLER, 2012).²³

O terceiro, denominado de árbitro,²⁴ o qual deverá ser um técnico ou especialista no assunto em conflito para exarar parecer e decidir a controvérsia, tem total confiança das partes, recebendo delas autoridade suficiente para impor uma solução satisfatória. O árbitro é o juiz de fato e de direito, e a decisão por ele proferida – a qual é soberana – não está sujeita a homologação ou passível de recurso no Poder Judiciário (SALES, 2004).

Indicam-se as seguintes características para a arbitragem: a) ampla liberdade de contratação – as partes definem o objeto de litígio e podem escolher até mesmo as regras de direito substantivo e adjetivo aplicável a ele; b) pode ser usada em qualquer controvérsia que envolva direito patrimonial disponível – tendo os envolvidos capacidade civil, podendo escolher livremente os árbitros a quem confiem para que deem tratamento ao litígio; c) permite ao árbitro disciplinar o procedimento caso não haja convenção neste sentido – permite uma maior celeridade no tratamento dos conflitos, bem como a exigência do sigilo do procedimento arbitral; d) transforma a sentença arbitral em título executivo judicial – o que a torna eficaz como sentença declaratória ou constitutiva (CAHALI, 2012; MORAIS; SPENGLER, 2012).

Para levar a efeito a arbitragem, as partes podem escolher uma entidade em funcionamento, dedicada à atividade arbitral, ou escolher um árbitro independente de uma instituição. Surge, portanto, a arbitragem avulsa ou *ad hoc* e a arbitragem institucional ou administrada – no modelo *ad hoc*, as partes definem o desenvolvimento da arbitragem, o qual poderá ser de direito ou de equidade, inclusive na escolha do árbitro para o caso; por sua vez, na arbitragem institucional, há uma instituição especializada em mediar e arbitrar litígios, com regulamento próprio e lista de árbitros, de conhecimento prévio das partes (CAHALI, 2012).²⁵

Assim, de um lado, a arbitragem tem como vantagens: a) maior celeridade e menor custo em comparação ao processo judicial; b) execução do laudo arbitral fácil; possibilidade de continuar executando o objeto do litígio enquanto se busca

²³ Para Luchiarri (2012, p. 16), “a arbitragem é uma técnica de solução de conflitos que pode ser utilizada apenas quando o litígio versa sobre direitos patrimoniais disponíveis. E se trata de um método heterocompositivo, pois nele, um terceiro imparcial (o árbitro ou um tribunal arbitral), escolhido pelas partes (pessoas físicas ou jurídicas), profere uma decisão, que vincula as mesmas”.

²⁴ De acordo com Morais e Spengler (2012, p. 242), o árbitro é toda pessoa maior e capaz que estando investido da confiança das partes é nomeado para tratar de um litígio prolatando uma decisão que permita a continuidade da relação entre as partes após o procedimento arbitral. A escolha do árbitro deve ser pautada pela imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.

²⁵ Morais e Spengler (2012, p. 225-227) apresentam outras espécies de arbitragem: 1) arbitragem de direito público e de direito privado – na primeira, a arbitragem é realizada entre estados, enquanto que na segunda os envolvidos são particulares; 2) arbitragem obrigatória e arbitragem voluntária – a diferenciação ocorre da imposição ou não da arbitragem pelo Judiciário, o que não admite exceção; 3) arbitragem equitativa e arbitragem de direito – na primeira os árbitros são livres para decidir o litígio a eles submetido de acordo com o sentido comum, sem ter de manter-se unicamente na aplicação do direito, enquanto que na segunda há a previsão de que os árbitros decidirão em conformidade com os princípios estritamente jurídicos, julgando a partir do direito positivo; 4) arbitragem internacional e arbitragem nacional.

uma solução à controvérsia; c) desejo de manter as relações cordiais e de colaboração entre as partes, bem como a confidencialidade ou privacidade da controvérsia; d) facilitação da transação; e) evitar a submissão a tribunais estrangeiros, no caso da arbitragem internacional (GARCEZ, 2013). Por outro lado, elencam-se as seguintes desvantagens: a) pode ser mais moroso que a via judiciária; b) há a iminência de intervenção judiciária; c) em casos litigiosos de entendimentos extensivos, a arbitragem não é indicada; d) a carência de procedimentos rígidos pode dar margem a atos ilegítimos e imorais; e) ausência de neutralidade; e f) preexistência de ressentimentos entre as partes pode ser inconveniente diante da flexibilidade da arbitragem (MORAIS; SPENGLER, 2012).

No Brasil, ainda há a necessidade de concretizar o instituto da arbitragem enquanto meio complementar de tratamento de conflito, o qual, embora tenha sido instituído por lei muito mais tarde que nos demais países que utilizam o referido método, e recentemente sofrido alterações, ainda é muito lenta a concretização da arbitragem no cenário comercial/empresarial, ficando restrita a sua utilização no âmbito internacional e grandes empresas nacionais. Apesar de apresentar vantagens de celeridade, liberdade das partes, sigilo e confiança na escolha do árbitro, a arbitragem não se destina a todo e qualquer conflito. Deve ser visualizada enquanto meio complementar a ser somado à mediação, à conciliação e aos demais que têm por escopo o adequado tratamento do conflito.

O acesso à justiça não se dá apenas pelo acesso ao Poder Judiciário, mas na garantia de acesso a uma ordem jurídica justa, pressuposto de um Estado Democrático de Direito. Para o consumidor, diante da sua condição de vulnerabilidade e hipossuficiência, devem-se priorizar instrumentos contemporâneos que atendam à justiça e ao equilíbrio para os conflitos de consumo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações de consumo devem ser orientadas por práticas transparentes, não enganáveis, comparáveis, mensuráveis e adequadas ao perfil de consumo. Nesse contexto, insere-se a intenção de dar fim ao serviço de banda larga fixa ilimitada, sem a prévia participação e consulta a uma das partes da relação: consumidor. Sua manifestação somente ocorreu após o anúncio público de tal medida, gerando protestos e registros de oposição à proposta. Ao ser implementada, não somente é prática abusiva, como discriminatória, por excluir do consumo a parcela da população que não possui condições de acessar o produto na mesma proporção que a atual. Esse retrato revela-se como um conflito nas relações de consumo, restando clara a posição de vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor.

Assim, a adoção de métodos complementares de tratamento de conflitos, aqui retratados pela negociação e conciliação, formas autocompositivas, e pela arbitragem, forma heterocompositiva, pode alcançar a harmonia nas relações de consumo quando o consumidor for vulnerável diante dos fatores que extrapolam os limites da relação contratual de consumo, desenhada no presente estudo pela alteração da banda larga fixa ilimitada. Nesse sentido, o tratamento dos conflitos nas

relações de consumo se justifica pela necessidade de avançar na concretização de métodos complementares para tratamento de conflitos, garantindo o acesso a uma ordem jurídica justa, o que requer, portanto, seja compreendida e fomentada uma cultura de paz, de alteridade e resposta qualitativa, adequada às características de cada pessoa.

Os métodos ora apresentados criam um espaço de maior afetividade dos conflitos de consumo, respeitando a condição do consumidor, oportunizando não somente a reparação do dano material, mas a reconstrução da confiança, humanizando as relações de consumo, colocando-as acima dos interesses de mercado. Espera-se, desse modo, que o conflito aqui reproduzido possa ser tratado consideradas as necessidades de todos os envolvidos, oportunizando-se o diálogo e o consenso como instrumentos da tão almejada humanidade das relações econômicas e sociais.

REFERÊNCIAS

BELLINI JUNIOR, Antonio Carlos. **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do consumidor**. São Paulo: Servanda Editora, 2006.

BRASIL. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm Acesso em: 05 out. 2016.

BRASIL. **Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASIL. **Lei 12.965, de 23 de abril de 2014**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. **Lei 13.129 de 26 de maio de 2015**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CARDON, Dominique. **A Democracia Internet: promessas e limites**. Trad. Nina Vincent e Tiago Coutinho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. A Era da Informação: economia, sociedade e cultura. v. 1. Trad. Ronei de Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em: 05 out. 2016.

DI FELICE, Massimo. **A GOLPES DE HASHTAGS**. Disponível em: <http://alias.estadao.com.br/noticias/geral,a-golpes-de-hashtags,10000002579>. Acesso em: 20 ago. 2016.

Era da banda larga fixa ilimitada acabou, diz presidente da Anatel. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/04/1762387-era-da-banda-larga-fixa-ilimitada-acabou-diz-presidente-da-anatel.shtml>. Acesso em: 30 ago. 2016.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios Alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

GARCEZ, José Maria Rossani. **ADRS: Métodos Alternativos de Solução de Conflitos: análise estrutural dos tipos, fundamentos e exemplos na prática nacional/internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph. **Dispute Resolution**. Negotiation, Mediation, and other Processes. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2012.

HIMANEN, Pekka. **La Ética del Hacker y el Espíritu de la Era de la Información**. Barcelona: Destino, 2002.

KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Introdução à Resolução Alternativa de Conflitos**. Negociação, Mediação, Levantamento de Fatos, Avaliação Técnica Independente... Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009, p. 81.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial**. Análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça. Ana Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Coordenadores). Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MALINI, Fábio; ANTOUN, Henrique. **A Internet e a Rua: ciberativismo e mobilização nas redes sociais**. Porto Alegre: Sulina, 2013.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**. Alternativas à Jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Posição da Anatel sobre limite na banda larga é 'inaceitável', diz OAB.

Disponível em:

http://www.gazetaonline.com.br/_conteudo/2016/04/noticias/dinheiro/3939429-posicao-da-anatel-sobre-limite-na-banda-larga-e--inaceitavel--diz-oab.html. Acesso em: 30 ago. 2016.

Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 2016: Dividendos Digitais.

Disponível em: [http://www-](http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2016/01/13/090224b08405ea05/2_0/Rendered/PDF/World0developm0000digital0dividends.pdf)

[wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2016/01/13/090224b08405ea05/2_0/Rendered/PDF/World0developm0000digital0dividends.pdf](http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2016/01/13/090224b08405ea05/2_0/Rendered/PDF/World0developm0000digital0dividends.pdf).

Acesso em: 10 jul. 2016.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Aristóteles dos. **Relatório Analítico Ouvidoria da Anatel**. Disponível em:

<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=343764&pub=original&filtro=1&documentoPath=343764.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2016.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

TASCÓN, Mario; QUINTANA, Yolanda. **Ciberativismo: las nuevas revoluciones de las multitudes conectadas**. Madrid: Catarata, 2012.

Vivo, GVT, OI, NET, Claro, Anatel, Ministério Público Federal: Contra o Limite na Franquia de Dados na Banda Larga Fixa. Disponível em:

https://secure.avaaz.org/po/petition/Vivo_GVT_OI_NET_Claro_Anatel_Ministerio_Publico_Federal_Contra_o_Limite_na_Franquia_de_Dados_na_Banda_Larga_Fixa/?fYiIfb&pv=1. Acesso em: 30 set. 2016.

Recebido em 19.04.2017

Aceito em 04.05.2017

O STARE DECISIS NO BRASIL: ANÁLISE DO RE 572.762/SC E SUAS REPERCUSSÕES NO ICMS

STARE DECISIS IN BRAZIL: ANALYSIS OF RE 572.762/SC AND ITS REPERCUSSIONS ON THE ICMS

Filipe Lôbo Gomes¹
Maria Raquel Firmino Ramos²

Sumário: Considerações iniciais. 1 Precedente judicial no direito brasileiro e os conceitos essenciais da teoria do *stare decisis* no *Common Law*. 2 A doutrina do *stare decisis* e o novo Código de Processo Civil: a consideração do precedente como fonte do direito e a sistematização de sua eficácia temporal. 3 Análise do *leading case* RE 572.762/SC como fonte do direito e sua eficácia temporal. Considerações finais. Referências.

Resumo: No presente artigo pretendemos analisar os elementos fundamentais do *civil law* e do *common law* para, a partir disso, compreendermos como a adoção do precedente no Brasil tem ocorrido e, se a par da legislação existente e do novo código de processo civil, recém-promulgado, é possível estabelecer uma doutrina do *stare decisis* brasileira. Ademais, utilizamos a última decisão prolatada nos autos do RE 572.762/SC do STF, que trata da repartição da receita do ICMS, a fim de verificar a possibilidade de esta decisão se firmar como um precedente judicial.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Teoria dos Precedentes Judicial. Novo Código de Processo Civil. Decisões em matéria tributária. Competência tributária.

Abstract: In this article, we intend to analyze the fundamental elements of civil law and common law, and, from that, understand how the adoption of precedents in Brazil has occurred. We also analyze and if the existing legislation, including the promulgated new civil procedure code, so that we could establish a Brazilian doctrine of *stare decisis*. Moreover, we use the latest decision given in the records of RE 572,762/SC Supreme Court, which deals with the distribution of the ICMS revenue in order to verify the possibility of this decision to establish itself as a judicial precedent.

¹ Doutor em Estado, Regulação e Tributação Indutora pela UFPE e Mestre em Fundamentos Constitucionais dos Direitos pela UFAL. Procurador Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal de Alagoas. Professor do CESMAC. Pesquisador Coordenador do Grupo de Pesquisa subsidiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Alagoas – FAPEAL nominado Bases Jurídicas para aperfeiçoamento da gestão fiscal no Estado de Alagoas. Possui uma organização legislativa, um livro, diversas produções técnicas e arquivos publicados. E-mail: filipelobo@uol.com.br

² Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas e Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Advogada. Professora do Curso de Direito do Centro de Estudos Superiores de Maceió – CESMAC. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa subsidiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Alagoas – FAPEAL nominado Bases Jurídicas para aperfeiçoamento da gestão fiscal no Estado de Alagoas. E-mail: mraquelfirmino@gmail.com.

Keywords: Civil Procedure Law. Precedent Theory. New Civil Procedure Code. Decisions in Tax Subjects. Tax Competence.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito processual, como um instrumento de conhecimento da verdade jurídica, intenta garantir ao jurisdicionado que bate à porta do judiciário, que este lhe diga o justo. O justo, por sua vez, não obstante há quem creia no pensamento apodítico, pode ser compreendido como a uma resolução definitiva da querela discutida no procedimento (FOULCAULT, 2003).

Para Marinoni, o direito a um processo justo é uma cláusula geral, que, por ser principiológica e, por isso, teleológica, necessita ser compreendido sempre por meio de um caso concreto (MARINONI, 2010, *passim*).

O devido processual, por sua vez, é o direito basilar para que se garanta a justiça no processo. Satisfaz a máxima da efetividade da jurisdição. Porque não basta a inafastabilidade da jurisdição, necessita-se de uma resposta satisfatória, efetiva ao jurisdicionado. E por esse caminho iremos pensar o instituto do precedente judicial. Este instituto típico do *common law*, pode-se dizer, foi conquistando espaço no direito processual brasileiro, que até então tinha predominância da influência do *civil law*.

O precedente foi introduzido no Brasil por meio de alguns dispositivos que estabeleciam as decisões vinculantes, e, ao longo dos anos, essa tradição foi fortalecida pela prática processual, nas decisões realizadas em repercussão geral e demandas repetitivas.

Com a constitucionalização do direito, o processo civil foi extremamente influenciado pelas normas constitucionais, de sorte que vários preceitos próprios do direito processual foram inseridos no texto da Lei Maior. A segurança jurídica e isonomia, por exemplo, apesar de vincularem todos os demais subsistemas jurídicos exerce grande influência na elaboração das leis processuais, bem como na sua aplicação pelo Poder Judiciário.

Os precedentes, portanto, foram a maneira como o legislador ordinário tem tentado efetivar esses preceitos constitucionais. Por ser relativamente recente, não se enxerga uma sólida doutrina do *stare decisis* no nosso sistema. Mesmo porque para alguns autores sequer pode-se atribuir ao precedente brasileiro o papel de fonte do direito, tal como ocorre na tradição do *common law*.

No entanto, como veremos, o papel do precedente como fonte do direito está se estabelecendo com bastante força no sistema brasileiro. Com isso, surgem diversos questionamentos acerca de uma das mais (senão a mais) importantes consequências da adoção dos precedentes: a eficácia temporal. Dentre a doutrina, a inovadora classificação dos tipos de precedentes e da eficácia atribuída a estes realizada por Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior, pretende construir uma teoria de precedentes no Brasil a fim de garantir que o fortalecimento do precedente brasileiro não esteja alheio a uma teoria, haja vista que sem esta o seu papel de

persecução da segurança jurídica e dos demais preceitos derivados desta seriam inócuos.

Diante disso, utilizamos a última decisão no RE 762.562 SC a fim de verificar a possibilidade de este se estabelecer como precedente vinculante e, nesse caso, como seria a eficácia temporal atribuída a ele.

1 PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO E OS CONCEITOS ESSENCIAIS DA TEORIA DO *STARE DECISIS* NO *COMMON LAW*

A constitucionalização dos direitos, fenômeno jurídico que elevou as normas constitucionais ao patamar de centralidade no sistema jurídico, vinculou a aplicação das leis infraconstitucionais à observância dos preceitos constitucionais. Desses podemos citar os deveres processuais de solidariedade e cooperação entre as partes para a obtenção da efetividade jurisdicional. Esses deveres se referem não somente às partes que se rivalizam no litígio, mas se direciona também ao magistrado, quando, por exemplo, impõe a este o dever da fundamentação, o qual discorreremos mais adiante (MIRANDA, 2012, p. 233-240).

Frente a essa nova dinâmica de compreender e aplicar o direito, o sistema jurídico brasileiro apresenta um pendor cada vez maior para o fortalecimento e valorização dos precedentes. No entanto, antes de compreender como isso tem ocorrido no Brasil, é importante entender a essencialidade desse instituto jurídico a partir de sua origem.

Essa introdução, não obstante a sua importância para compreender o presente estudo, não possui o condão de dissertar com profundidade sobre o desenvolvimento histórico desse instituto típico do *common law*. Pretende, sim, elencar os principais conceitos dessa técnica jurídica tratados pela doutrina a fim de melhor compreender a tese ora levantada.

Pois bem, Marinoni faz uma digressão acerca das tradições jurídicas francesa e inglesa. A primeira, por razões político-sociais, sobretudo por causa da Revolução Francesa e sua desconfiança nos juízes, era baseada na *civil law* e pregava que o juiz era apenas a boca da lei (*la bouche de la loi*). Por essa razão os defensores dessa corrente acreditavam que o juiz apenas declarava a lei (MARINONI, 2010, p. 25).

A tradição jurídica inglesa, desde o século XIII, já possuía o costume de criar decisões como parâmetros para os demais julgadores, porém, inicialmente, não havia vinculação. Paulatinamente, o direito e a doutrina foram aderindo ao caráter vinculativo dessas decisões, sendo possível visualizar uma posição mais definitiva nesse sentido entre os séculos XVII e XVIII. É somente a partir do século XIX que surge uma doutrina do *stare decisis* (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 209). Foi dessa forma que o *common law*, a partir da doutrina do *stare decisis*, obrigou os juízes às decisões prolatadas pelos tribunais, tanto do ponto de vista vertical (vinculando os

juízes de tribunais inferiores), como do horizontal (vinculando os juízes de mesma hierarquia).

Pode-se afirmar que esse foi o modo que o direito costumeiro inglês encontrou para estabilizar as prescrições jurídicas, já que essas eram esparsas, elevando a eficácia das decisões a grau semelhante, ou mesmo idêntica, à eficácia conferida à lei no *civil law*.

Apesar de essa tradição dos precedentes ter origem no direito inglês, “[...] as regras e princípios que regulam o uso de precedentes e o seu status de ‘lei’ é relativamente moderno [...]”. E a ideia da obrigatoriedade dos precedentes é ainda mais recente e, por consequência, se reflete na teoria dos precedentes (MARINONI, 2010, p. 33-34).

Convém perceber que os ideais de segurança e previsibilidade são buscados por ambos os sistemas. No *civil law* acreditava-se que esses ideais seriam alcançados mediante a estrita aplicação da lei pelos juízes, enquanto no *common law*, que não negava o poder de interpretação da lei por parte do magistrado, a segurança e a previsibilidade das decisões se efetivavam por meio da força vinculante dos precedentes (MARINONI, 2010, p. 63).

Para Marinoni, não há como ignorar o fato de que em ambos os sistemas a mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações e, por isso, distintas decisões jurídicas em casos muito semelhantes. Dessa forma, o autor conclui que o sistema de precedentes é indispensável na jurisdição contemporânea, pois permite um maior grau de previsibilidade às partes, sendo ainda mais visível quanto aos casos em que o juiz se depara com conceitos indeterminados (MARINONI, 2010, p. 88).

No entendimento de Didier Jr., Braga e Oliveira, a utilização do precedente é uma realidade inerente às tradições jurídicas inglesas e também às francesas, distinguindo-se apenas no grau de eficácia (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 348).

No Brasil, é possível verificar características de ambos os sistemas, haja vista existem no nosso ordenamento decisões que vinculam os demais magistrados – os chamados precedentes vinculantes (*binding precedentes*) –; enquanto há outras que conferem uma força persuasiva – precedentes persuasivos (*persuasive precedentes*) –, que, apesar de não vincularem os magistrados, atuam na prática com forte argumentação para a decisão do caso concreto. Assim, há, conforme Didier Jr., Braga e Oliveira, vários exemplos da influência dos precedentes no ordenamento brasileiro, podendo-se citar alguns, a saber: a súmula vinculante em matéria constitucional (art. 103-A da Constituição Federal de 1988 e Lei Federal n. 11.417/2006); o valor que se tem atribuído aos enunciados consagrados em súmula dos tribunais (arts. 475, § 3º, 518, § 1º, 544, § 3º, entre outros, do CPC), a possibilidade de julgamento liminar de causas repetitivas (art. 285-A, CPC) (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 348).

No Brasil, porém, a força vinculativa do precedente não é atribuída a qualquer decisão proferida pelos tribunais (sejam superiores ou regionais), vincula o julgador quando a lei assim o define. Por esse motivo, Tércio Sampaio Ferraz Jr. e

Tárek Mouysés Moussallem não considerarem a jurisprudência como fonte do direito, haja vista não haver força vinculativa, apenas daquelas em que decorre de lei (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 211).

Cabe acrescentar que esse último autor citado considera que a jurisprudência (seja esta considerada no sentido de decisão judicial ou significando várias decisões judiciais) é uma *fonte psicológica do direito* e não uma *fonte dogmática do direito* (quando há vinculação), pois apenas confere uma ferramenta para facilitar o possível convencimento do juiz sobre as teses esboçadas pelo procurador (MOUSSALLEM, 2006, p. 147-150).

Tércio Sampaio Ferraz Jr., semelhantemente, considera que somente a tradição anglo-saxônica atribui ao precedente o papel de fonte do direito, pois somente nesse sistema se reconhece a força vinculativa dos precedentes. A partir disso, o autor elenca os principais fundamentos desenvolvidos pela doutrina do *stare decisis*, quais sejam: a existência do *binding precedents* vertical e horizontal; as decisões de quaisquer tribunais são consideradas fortes argumentos para os demais juízes; a parte vinculante do precedente é *ratio decidendi*; o precedente nunca perde sua vigência (exceto nos casos de *overruling* e *overrinding*).

A crescente valorização do precedente no Brasil, como já mencionado, não permite igualar a mesma importância e eficácia conferida no *common law* a esta técnica. E isso pode ser facilmente percebido desde a simples construção da atividade judicial, com a escolha do juiz que, nessa tradição, desde a Idade Média, é realizada por meio da escolha entre os advogados. Esse juiz do direito costumeiro poderia julgar inclusive *contra legem* (contra os *statutes*), pois possuía o poder de julgar conforme a equidade (*equity*) (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 210).

Na tradição romanística, de outro modo, a atividade de decisão judicial estava veementemente ligada à lei. Tanto que no *Codex* da época de Justiniano havia expressa vedação de decidir conforme o precedente (“*non exemplis, sed legibus judicandum est*” – *Codex*, 7, 45, 13). E isso era justificado, comparativamente, porque, para o direito romano a lei alcançou a preeminência nunca conseguida pelo direito costumeiro anglo-saxônico, muito embora houvesse os *statutes*. Muitos séculos depois, essa preeminência da lei foi realçada com a Revolução Francesa, quando houve maior limitação do poder do juiz. A função da magistratura era vista como um resquício do Antigo Regime (ou *Ancien Régime*). Por isso a limitação do seu poder fora amplamente seguido pelo direito e pela doutrina, no sentido de que a atividade do juiz era aplicar o código, nada mais (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 210).

Na tradição portuguesa, já com as Ordenações Afonsinas (1446-1447) havia o instituto denominado *estilo da Corte* que consistia na forma de resolução dos conflitos pelos tribunais, o que, mais tarde, passou a ser chamado de jurisprudência dos tribunais superiores. A partir da Lei da Boa Razão (1769), as querelas deveriam ser dirimidas pela lei e pelos estilos fixados nos Assentos da Casa de Suplicação, os quais, por ordem de Dom Manoel, deveriam ser resultados das decisões dos desembargadores, possuindo força vinculativa (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 210).

A principal distinção entre o sistema romanístico e o anglo-saxônico se refere ao fato de que nem as decisões dos tribunais superiores nem as decisões de

mesmo tribunal vinculam as decisões dos juízes, que possuem liberdade de convencimento, por causa do princípio da independência da magistratura judicial. Por isso, nega-se o caráter de fonte de direito à jurisprudência. Entretanto, o professor paulista acrescenta que não se pode negar o papel da jurisprudência romanística na constituição do direito, podendo-se considerar, no caso brasileiro, a formação da interpretação uniforme e da jurisprudência pacífica. Essas muitas vezes não obrigam o magistrado a segui-las, mas acabam por prevalecer. Ademais, o juiz ainda possui o poder de decidir *praeter legem* para suprir lacunas legais (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 211).

A tendência de fortalecimento desse costume de precedentes no Brasil, já observadas acima, como é o caso da uniformização da jurisprudência, com força de lei, e das súmulas dos tribunais superiores (artigos 476 e 479), cujo não acatamento por parte do juiz pode causar a negação ao seguimento processual, não permite afirmar que há uma doutrina do *stare decisis* no ordenamento jurídico, pois estas decisões não possuem a eficácia conferida ao precedente anglo-saxônico (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 211).

Há de se considerar no direito brasileiro a existência das decisões em seara trabalhista que permitem ao juiz a resolução *contra legem*, e, portanto, origina normas gerais, com base na equidade (*equity*). Dessa forma, pode ser considerada fonte do direito. Esse tipo de solução –conforme a equidade – advém da ideia aristotélica de justiça do caso concreto, a qual pode ser alcançada por meio da “consideração harmônica das circunstâncias concretas”. Segue, assim, o brocardo romano *summum jus summa injuria*. A solução de acordo com a equidade não se opunha à justiça, ao contrário, a completaria (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 213).

Por fim, podemos considerar que o sistema jurídico brasileiro, marcadamente influenciado pela tradição do *civil law*, já apresentava desde o seu nascedouro, a partir das legislações portuguesas, alguns institutos semelhantes ao precedente no *common law*. Foi, no entanto, conforme Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., há cerca de vinte anos que o Brasil vem caminhando para formar um sistema de precedentes. Isso é perceptível desde o ano de 1990, com a promulgação da Lei nº 8.038, a partir da adoção de decisões vinculantes, quando em sede de RESP e RE, no STJ e STF, o julgador poderia decidir monocraticamente acórdãos que contrariasse decisões dessas Cortes. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 03/1993 atribuiu efeitos vinculantes à decisão proferida em Ação Declaratória de Constitucionalidade. Isso se deve à necessidade vislumbrada pelo legislador em conferir maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia às demandas judiciais, sobretudo àquelas que discutem direitos que extrapolam os limites do espaço subjetivo (ATAÍDE JR., 2012, p. 362). Basta saber, a partir de então, alguns pontos dessa questão de que dispõe o novo código.

2 A DOCTRINA DO STARE DECISIS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A CONSIDERAÇÃO DO PRECEDENTE COMO FONTE DO DIREITO E A SISTEMATIZAÇÃO DE SUA EFICÁCIA TEMPORAL

A influência da doutrina do precedente vinculante, conforme já apreciamos, apesar de sua recente inserção na legislação nacional, deu indícios de ser utilizada desde as antigas legislações portuguesas, demonstrando certa tendência à valorização de decisões de tribunais, mas sem que estas apresentassem força vinculativa perante outros tribunais e juízes.

O paulatino fortalecimento do precedente no ordenamento brasileiro vem tentar responder, sobretudo, à procura por segurança jurídica, a qual sempre fora o ideal a ser buscado tanto pela tradição jurídica romanística como pela anglo-saxônica. Ademais, com a constitucionalização dos direitos alguns comandos tipicamente processuais foram inseridos no texto constitucional. Isso também contribuiu para que o legislador ordinário elaborasse normas em atendimento, por exemplo, à celeridade processual, colaboração das partes no processo, boa-fé processual.

Diante das características da doutrina do precedente no *common law*, resta saber se a partir da legislação atual e do recém-aprovado Código de Processo Civil, é possível construir uma doutrina do *stare decisis* no Brasil.

Com relação à crítica tecida por Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Tárek Moysés Moussallem, em relação a considerar o precedente como fonte do direito, podemos perceber que há uma tendência cada vez maior que a lei e a doutrina construam uma espécie de *stare decisis* à brasileira. Isso porque, como veremos a seguir, é possível identificar no ordenamento brasileiro o fortalecimento dos precedentes vinculantes, inclusive daqueles que inovam a ordem jurídica. Por isso, confere ao precedente o *status* de fonte de direito. Ademais, no terceiro tópico deste trabalho discorreremos sobre essa afirmação a partir da decisão do STF sobre a repartição de receita tributária que, julgando *contra legem*, visa modificar o instituto da competência tributária tal como até hoje se construiu legal e doutrinariamente.

Nesse sentido, a novel legislação processual evidencia a importância dos precedentes vinculantes realizados tanto pelos tribunais superiores quanto pelos tribunais ordinários. Aproxima-se, assim, cada vez mais da tradição do *common law*, por meio do fortalecimento das decisões dos tribunais superiores e da importância da elaboração, assim que possível, de súmulas (LEITE, 2015, p. 15-17).

Pois bem, com o fim de atribuir maior segurança jurídica, Jaldemiro Rodrigues Ataíde Junior defende a adoção do precedente vinculante no Brasil, haja vista considera mais seguro para a sociedade traçar suas condutas diante de leis previamente interpretadas e aplicadas pelos tribunais através da jurisprudência. No entanto, conforme o autor, é importante sistematizar a eficácia temporal dos precedentes para evitar insegurança e ofensa às relações jurídicas consolidadas e à coisa julgada. Isso é mais perceptível quando um precedente inova a ordem jurídica, seja apontando novo entendimento de norma sobre a questão de direito ou sobre orientação dissonante da anterior (ATAÍDE JÚNIOR, 2011, p. 159).

A eficácia dos precedentes nos casos de *overruling* e *overrinding* é um dos principais problemas que enfrenta a doutrina do *stare decisis*, haja vista que essas modificações podem provocar efeitos sobre a coisa jurídica e os atos pendentes de julgamento. Muito mais a doutrina brasileira que ainda não possui uma construção consolidada nesse sentido.

Por isso, Jaldemiro Rodrigues Ataíde Júnior afirmar que quando houver um dos fenômenos de modificação do precedente, o magistrado deve considerar o preceito constitucional da segurança jurídica do qual se derivam a previsibilidade, não surpresa, proteção da confiança diante das situações concretas, proibição de comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*) e a irretroatividade da norma jurídica (ATAÍDE JÚNIOR, 2011, p. 367).

Nesse sentido, aponta o autor, o novo Código de Processo Civil prescreve, em seu artigo 882, V, sobre a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões dos tribunais superiores quando houver alteração de sua jurisprudência dominante (ATAÍDE JÚNIOR, 2011, p. 370). Isso demonstra que o novo diploma legal vem melhor disciplinar a eficácia temporal dos precedentes. Assim, as normas jurídicas prescritas na nova lei permitem apontar a existência de possíveis efeitos temporais dos precedentes, bem como a possibilidade de classificar os precedentes dos tribunais superiores.

Em obra paradigmática sobre o tema, Jaldemiro Rodrigues Ataíde Júnior aprofunda o tema e propõe uma sistematização da eficácia temporal dos precedentes no Brasil. Para isso, o autor argúi que há, *lato sensu*, a eficácia retroativa e a prospectiva quando surge um novo precedente. A partir disso, realiza uma análise mais acurada da doutrina e da prática dos tribunais ingleses e estadunidenses, tipificando os efeitos temporais do novo precedente em: a) *aplicação retroativa pura*, que tem o mesmo sentido da aplicação plenamente retroativa de Pomorski, ou melhor, quando o tribunal aplica a nova regra aos fatos acontecidos antes e depois do seu surgimento, inclusive, àqueles, já transitados em julgado; b) *aplicação retroativa clássica*, que tem o mesmo sentido da aplicação retroativa limitada de Pomorski, isto é, quando o tribunal aplica a nova regra aos fatos ocorridos antes de ela ter sido criada (por exemplo, às ações em curso), ressaltando apenas os casos que já tiveram sentença passada em julgado; c) *aplicação prospectiva pura*, que tem o mesmo sentido da aplicação prospectiva de Sesma, qual seja, quando o tribunal aplica o novo precedente apenas para regular as condutas que ocorreram depois do seu surgimento, inclusive, com relação ao caso em julgamento; d) *aplicação prospectiva clássica*, que tem o mesmo sentido da aplicação prospectiva regular de Pomorski, de acordo com a qual, o tribunal não aplica o novo precedente a fatos passados (por exemplo, às ações em curso), exceto aos fatos do caso concreto em julgamento que são afetados pela nova regra; e e) *aplicação prospectiva a termo*, que tem o mesmo sentido da aplicação prospectiva-prospectiva de Sesma, segundo a qual, o tribunal, ao criar o novo precedente, dispõe que o mesmo deve ser aplicado apenas a partir de uma determinada data futura (ATAÍDE JÚNIOR, 2011, p. 166).

Antes de adentrar especificamente nesse aspecto eficazial, é importante distinguir a norma individual da norma geral (*ratio decidendi*) que compõem o precedente. Esta última, por conferir uma prescrição jurídica geral a sua eficácia

deve atender ao princípio da irretroatividade. Já a norma individual, por tratar de fatos pretéritos deve observância da eficácia *inter partes*, retroagindo sobre fatos pretéritos.

Além de adotar os tipos de eficácia temporal como parâmetro, o autor também classifica os tipos de precedentes em: *novo precedente em sentido não surpreendente* àqueles que ratificam julgados de tribunais inferiores; *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito* – nesse caso há inovação, pois o STF ou STJ vai decidir *leading case* sobre questão com um novo entendimento, surpreendendo a comunidade jurídica, a doutrina e os advogados; e o *precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial* – é aquele em que o tribunal superior altera ou revoga (*overruling* e *overriding*) seu próprio entendimento sobre questão de direito (ATAÍDE JÚNIOR, 2011, p. 166-170).

A partir da classificação da eficácia temporal acima esboçada e da classificação dos tipos de precedentes existentes no Brasil, o autor, após analisar criticamente a maneira como a lei e os tribunais superiores têm atribuído eficácia aos precedentes, sugere sensível alteração.

Dessa forma, argüi que o *novo precedente em sentido não surpreendente*, seja este advindo do STF ou do STJ, pode ser atribuído até o *efeito retroativo puro*, permitindo-se o manejo de ação rescisória (art. 966, V, CPC) a fim de desconstituir coisa julgada formada em sentido contrário ao *leading case* desses tribunais, bem como o manejo da impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525, III, § 12, CPC); no *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito* poderia atribuir o *efeito prospectivo (clássico ou puro)*, caso os tribunais superiores constatem que a partir dos elementos fáticos e normativos presentes no procedimento os tribunais inferiores poderiam chegar à mesma conclusão. Caso contrário, o precedente gozaria de *efeito retroativo (clássico ou puro)*. Já o *precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, caberia a atribuição do *efeito prospectivo (clássico ou puro)*, exceto quando o novo entendimento deriva de modificação normativa e se possa precisar a perda da credibilidade da jurisprudência anterior a formação do precedente, quando, neste caso, estaria autorizada a aplicação de *efeito retroativo clássico* e, em alguns casos, até o *efeito retroativo puro*.

Vale observar ainda que nos casos de aplicação do *efeito prospectivo (clássico ou puro)* no *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito* e no *precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, a nova norma repercutirá imediatamente sobre as relações jurídicas permanentes ou sucessivas. Outrossim, o *efeito prospectivo a termo* está mais propenso à jurisdição constitucional, tal como observada na modulação dos efeitos, sobretudo nos casos de inconstitucionalidade de lei sem declaração de nulidade; também, quando, mesmo em matéria infraconstitucional, o STJ perceber que a nova norma exigirá um tempo para a sociedade se adaptar a mudança (ATAÍDE JÚNIOR, 2011, p. 398-407).

3 ANÁLISE DO LEADING CASE RE 572.762/SC COMO FONTE DO DIREITO E SUA EFICÁCIA TEMPORAL

A partir da tentativa de construir uma doutrina brasileira do *stare decisis*, conforme esboçamos acima, passamos a tecer observações acerca da decisão exarada no Recurso Extraordinário 572.762/SC, com repercussão geral reconhecida. Dessa forma, tendo em vista já ter havido o trânsito em julgado da respectiva decisão, discorreremos sobre o modo como esse precedente se estabelece no ordenamento jurídico brasileiro e qual a eficácia temporal que lhe deve ser atribuída.

Inicialmente, antes de adentrar no aspecto processual, é necessário compreender a matéria esboçada no procedimento já mencionado. Assim, o cerne da questão que veicula na demanda se refere à “competência tributária” – expressão tipicamente jurídica, a qual pode ser entendida como a atribuição outorgada constitucionalmente para um ente estatal (dotado de poder legislativo) instituir determinado tributo. No artigo 155, II, a Constituição Federal atribui aos Estados membros e ao Distrito Federal (por exercer competência cumulativa dos Estados-membros e Municípios) a competência para instituir o ICMS. E, logo mais, no seu § 2º estabelece regras gerais a respeito do referido tributo, tais como a não cumulatividade e a facultatividade de utilização do princípio da seletividade (MACHADO, 2009, p. 30).

Nesse talante, cabe analisar a norma contida no § 2º, XII, “g”, do artigo supracitado, haja vista que este artigo estabelece regra distinta, em relação aos demais tributos, no quesito concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais em matéria de ICMS. Na presente regra, como já visto, as benesses fiscais do imposto em tela só podem ser concedidas quando firmadas em convênio mediante deliberação no CONFAZ pelos representantes dos Estados-membros e Distrito Federal.

Percebe-se, com isso, que a Constituição inova em matéria de competência tributária quando se trata da disposição do ICMS. Essa ideia pode ser afirmada porque, via de regra, a competência para instituir o tributo também confere ao ente o poder de dispor sobre a concessão das benesses fiscais. No entanto, em se tratando do imposto em debate, pelo relevo que exerce no cenário nacional e pelo poder arrecadatório que possui, o legislador constituinte estabeleceu normas peculiares para a sua regulamentação. Dentre estas, têm-se a obrigatoriedade de instituir o imposto, pois os Estados-membros não possuem o condão de decidir se querem ou não exercer a competência, devem obrigatoriamente exercê-la, criando-o; não podem unilateralmente conceder benesses fiscais, porquanto apenas mediante convênio firmado entre os Estados-membros podem fazê-lo. Nesse sentido, a norma constitucional atribui ao Poder Executivo o exercício da competência tributária referente à concessão das exonerações fiscais desse tributo nas reuniões do CONFAZ.

Com a guerra fiscal, os Estados-membros concedem essas benesses de forma unilateral em total desrespeito às normas constitucionais e à Lei Complementar nº 24/75, criando um desequilíbrio na federação brasileira. Ademais, o artigo 158, IV, da Constituição Federal estabelece o repasse da percentagem do

referido imposto aos entes municipais. Nesse sentido, a norma constitucional não previu a participação desses últimos entes nas reuniões do CONFAZ, nem limitou a concessão de benefícios fiscais a determinado percentual.

Considerando essas premissas, o STF, na última decisão prolatada nos autos do RE 572.762/SC, entendeu ser inconstitucional a concessão de incentivos fiscais do ICMS sem prévia deliberação no CONFAZ, assim como manda a Lei Maior. Também determinou o repasse integral dos 25% ao Município de Timbó, e não apenas de 6,25% (seis vírgula vinte e cinco por cento) do imposto em comento, como pretendia o Estado de Santa Catarina. A Suprema Corte utilizou esse entendimento baseado em dois fundamentos: o percentual do imposto pertence ao Município e por isso o Estado não pode dispor sobre aquele; e o direito do ente municipal de exercer a autonomia financeira, em consonância com os princípios regentes do federalismo cooperativo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O Estado de Santa Catarina, em contraponto, alegou que o sistema constitucional de repasse tributário não modifica a competência do Estado na instituição do tributo, pois ao Município só pertence a parcela do produto efetivamente arrecadado. E dessa forma, como o produto da arrecadação, no caso concreto, havia sido realizado e repassado ao Município, não havia motivo para a querela.

Para o Relator, a interveniência no repasse da cota cabível ao Município afronta os princípios constitucionais do federalismo cooperativo e a autonomia do ente. E devido a isso, pode ensejar inclusive a intervenção federal, como já elucidado alhures.

Em análise acurada do tema, cabe apurar três pontos principais debatidos no caso. Inicialmente a questão da competência do ente tributante do ICMS, bem como a concessão de benefícios fiscais pelo ente competente e, por último, a participação do Município no federalismo brasileiro.

Como visto acima, a competência tributária em matéria de ICMS deve ser exercida com ressalvas, a exemplo da obrigatoriedade de deliberação no CONFAZ para que o Estado conceda benesse fiscal. Nesse talante, aperceba-se que, quando o Estado concede o benefício fiscal à revelia dos dispostos na Lei Complementar nº 24/75 e do art. 155, §2º, XII, “g”, o Município goza do direito ao repasse da cota do produto da arrecadação. E isso se deve porque, embora não exista receita pública, o imposto deveria ter sido arrecadado, devido à patente ilegalidade na concessão da benesse. Esta, por sua vez, sequer deveria existir, porquanto adentrou inconstitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro.

Já em relação à participação do ente municipal no federalismo brasileiro, pode-se inferir que a Lei Maior inovou ao atribuir ao Município o status de ente federativo, concedendo-lhe os direitos e deveres para o exercício de tal encargo. A pessoa política municipal, por sua vez, necessita de finanças públicas para executar o múnus público. Nesse diapasão, viu-se que a maior fonte de receita pública advém da receita derivada, sobremaneira por meio da arrecadação dos impostos. No entanto, pelas assimetrias constantes no contexto da federação brasileira, a grande maioria dos entes municipais não exerceria a autonomia a partir da arrecadação de

seus próprios tributos, constatação essa acima esboçada. Para sanar os vícios, a Carta Magna apostou na implementação de medidas típicas do federalismo fiscal cooperativo através das transferências do produto da arrecadação dos impostos.

Não obstante essa tentativa de solucionar as disparidades entre os entes federados, o legislador constituinte não cuidou de definir autonomia efetiva para o ente subnacional, nesse caso o Município. Isso é evidenciado pela tendência centralizadora da União e da falta de expressiva representação municipal no contexto federal brasileiro. Essa limitação das municipalidades na federação brasileira afeta diretamente a tentativa de solucionar a discussão sobre o repasse da cota do produto da arrecadação do ICMS. E isso é devido porque a Lei Maior apenas atribui a representação no CONFAZ ao Poder Executivo dos Estados-membros. Diante disso, as deliberações sobre os benefícios fiscais sequer passam pelo crivo dos representantes municipais, demonstrando grave falha, uma vez que teriam direta interveniência nas finanças municipais.

Essa grande ausência de expressividade de representação no contexto federal brasileiro implica no aumento de lides no Poder Judiciário. Não poderia ser diferente, pois esse poder seria o único recurso do ente subnacional municipal para garantir a efetividade do repasse obrigatório aqui tratado. A lacuna legislativa referente a maior participação do Município nas decisões federais configuram grande entrave ao encontro de soluções racionais para esta querela específicas e outras afins, bem como ao próprio aperfeiçoamento do pacto federativo.

Diante de todos os elementos fáticos e jurídicos na lide supramencionada, inferimos que se o STF ratificar essa posição, disposta no RE 572.762/SC, a corte utilizará a equidade (*equity*), e *contra legem* definirá como *ratio decidendi* o dever do Estado, ao exercer sua competência exonerativa do ICMS, restringir o percentual em 75% do tributo. Ou seja, o julgador estará alterando a construção doutrinária, da jurisprudência do tribunal local (de Santa Catarina) e legal de competência tributária, acima esboçada, e no parágrafo único do art. 6º do CTN.³

Podemos inferir, então, em conformidade com a classificação do processualista Jaldemiro Rodrigues Atafé Júnior, se a decisão for confirmada e pacificada, consistirá no equivalente ao *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, devendo, portanto, quanto à norma geral enunciada (*ratio decidendi*, ou seja, o dever do Estado, ao exercer sua competência exonerativa do ICMS, restringir o percentual em 75% do tributo), ser atribuído o *efeito prospectivo clássico* (efeito *ex nunc*, não alcançando fatos anteriores a formação do precedente). Já quanto à norma individual, que dispõe sobre as partes do processo, a aplicação é imediata.

³ Art. 6º [...] Parágrafo único. Os tributos cuja receita seja distribuída, no todo ou em parte, a outras pessoas jurídicas de direito público pertencerá à competência legislativa daquela a que tenham sido atribuídos.

Por isso, conforme a doutrina e a legislação atuais é possível perceber que a força do precedente brasileiro caminha muito próximo ao daquele originado no sistema do *common law*. A utilização do Recurso Extraordinário demonstra sobre o poder de o julgador inovar completamente o sistema jurídico, construindo nova norma, inclusive, como visto, *contra legem*. Portanto, o precedente brasileiro se estabelece como fonte do direito, evidenciando a liberdade do julgador de exercer o poder de julgar conforme a equidade, mesmo com a presença de lei disciplinando a matéria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho intentou realizar um paralelo entre as tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*. Orientado por este elemento, avançou-se sobre a natureza última do processo, como um instrumento adequado para que se alcance a justiça no caso concreto. Contudo, o alcance dessa justiça perpassa por diversos fatores e elementos que aurem suas bases em princípios muito diferentes.

Nesse intento, discorremos, assim, sobre a necessidade de buscar a segurança jurídica presente em ambos os sistemas. Percebemos que, enquanto a tradição romanística buscava na lei a segurança, por outro lado, a tradição anglo-saxônica a buscava por meio do precedente vinculante.

Pontos seguros foram se apresentando por meio da pesquisa empreendida, dentre eles o da constitucionalização dos direitos e a repersonalização dos ramos jurídicos, outrora voltados por um formalismo exacerbado e refratário ao alcance da finalidade última do direito, qual seja a pacificação social e relevo ao homem como fim último dos instrumentos estatais.

No Brasil, apesar da história do direito português utilizar alguns institutos semelhantes ao precedente, somente há cerca de duas décadas a legislação estabeleceu a vinculação de decisões dos tribunais superiores. Com o recém-aprovado código de processo civil, o precedente dá indícios de que será definitivamente enraizado na legislação brasileira. Entretanto, o sistema brasileiro padece de uma madura doutrina do *stare decisis*, sem a qual seria inócua para a finalidade do precedente em garantir a segurança jurídica, que é seu maior objetivo.

Princípios outrora imanentes ao sistema constitucional permeiam a doutrina processual para preconizar a força dos ideais maiores da isonomia, da detida análise do caso e de uma maior publicização, em contraposição a uma formalização inócua do processo, dando primazia ainda aos princípios da cooperação e da solidariedade. Por isso, adotamos a classificação dos precedentes e da sistematização da aplicação da eficácia temporal construídas por Jaldemiro Rodrigues Ataíde Júnior para indicar que, embora incipiente, podemos construir a nossa própria doutrina do *stare decisis*.

As orientações formuladas, muito embora ainda em fase de amadurecimento interno, salvaguardam um dos postulados máximos do direito, a segurança jurídica. A delimitação da eficácia temporal e espacial do precedente é ponto fundamental para garantir a eficiência do sistema. É norma de heterocontenção ao intérprete,

porquanto condiciona e antevê os efeitos de sua decisão que podem ir muito além do calor do caso analisado. Assim, ao se pautar pela limitação dos efeitos, tem-se um elemento primordial para dar racionalidade à construção do precedente e evitar os efeitos nocivos de uma inovação na estrutura do sistema, cujos efeitos são de difícil apreciação e concreção.

Por fim, com base nessa teoria, utilizamos a decisão prolatada nos autos do RE 572.762/SC para ilustrar que no atual ordenamento jurídico, e mais ainda depois da promulgação do novo código de processo civil, é possível que haja julgamento *contra legem* no Brasil. Dessa forma, esse poder conferido ao magistrado poderia indicar a nossa aproximação com a tradição do *common law*. Diante disso, conforme a classificação do autor acima mencionado, a referida decisão se estabelece no ordenamento jurídico brasileiro como um *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, devendo-lhe ser atribuído o *efeito prospectivo clássico*.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos**. 2ª série. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. 2011. 272 f. Dissertação (Mestrado em Direito), UNICAP, Recife, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 572762, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2008, Repercussão Geral- Mérito DJe-167, Divulg 04-09-2008, Public 05-09-2008 Ement Vol-02331-04 PP-00737.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos**. 2ª série. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. V.2. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FOULCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

LEITE, Maria Oderlânia Torquato; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. **O efeito vinculante e o novo código de processo civil**. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e7d4c8d4fe04d9b4> Acesso em: 20 fev. 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Daniel Gomes de. A constitucionalização do processo e o projeto do novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos**. 2ª série. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 229-255.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

Recebido em 28.04.2017

Aceito em 08.05.2017

O PAPEL DOS ATORES ESTATAIS E NÃO ESTATAIS NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL GLOBAL: UMA INTRODUÇÃO

THE ROLE OF STATE AND NON-STATE ACTORS IN GLOBAL SUSTAINABLE DEVELOPMENT: AN INTRODUCTION

Giovanni Olsson¹

Eduardo Baldissera Carvalho Salles²

Sumário: Considerações iniciais. 1 A sociedade internacional no século XXI. 2 A consolidação da globalização como agente de transformação. 3 Os atores internacionais e seus papéis redefinidos. Considerações finais. Referências.

Resumo: O artigo tem por objetivo delinear elementos introdutórios que envolvem a investigação sobre o papel dos atores estatais e não estatais no desenvolvimento sustentável da sociedade global. Para tanto, estudam-se as transformações recentes ocorridas no âmbito da sociedade internacional, suas características históricas e conformação contemporânea. Após, analisa-se o surgimento da globalização como extrato da telemática e da consolidação do liberalismo como ideologia econômica ocidental, apresentando-se seus principais elementos científicos. Por fim, estuda-se a categorização dos atores estatais e não estatais, apresentando-se os problemas causados pelo descolamento da governança do núcleo do governo, especialmente no que se refere à garantia de um desenvolvimento sustentável de âmbito global.

Palavras-chave: Globalização. Atores estatais e não estatais. Desenvolvimento.

Abstract: The article aims to outline introductory elements to the investigation of state and non-state actors role in sustainable development in global society. Therefore are studied recent changes in international society, its historical issues and contemporary framework. After that, globalization rising is analysed as outcome of telematics and consolidation of liberalism as western economic ideology, showing its main scientific elements. Finally, the categorization of state and non-state actors is investigated, bringing out problems caused by the split of governance from government core, especially regarding to the warrant of sustainable development in global level.

Keywords: Globalization. State and non-state actors. Development.

¹ Doutor em Direito e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito. Bacharel em Ciências Sociais e Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Rio Grand e do Sul (UFRGS) Juiz do Trabalho Titular (TRT 12ª Região). Juiz Auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ). Vice-Líder e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Relações Internacionais, Direito e Poder (CNPQ). Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Comunitária Regional na linha Atores Internacionais (UNO-SC). E-mail: golsson71@gmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ). Especializando em Direito Público pela Pontífice Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Federal Fronteira Sul (UFFS). Graduado em Direito pela UNOCHAPECÓ. Membro do Grupo de Pesquisa Relações Internacionais, Direito e Poder (CNPQ). E-mail: eduardo@carvalhosalles.com.br

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade contemporânea estrutura-se sobre premissas muito distintas das que fundaram a modernidade. O esvaziamento do papel do Estado, com a consequente ascensão de atores não estatais, constitui uma nova fronteira epistemológica de difícil compreensão e delimitação, que, com um viés ideológico neoliberal, influi no desenvolvimento sustentável da humanidade.

Para compreender tão intrincado quebra-cabeça, é necessário investigar os elementos conceituais que envolvem os temas da sociedade internacional, da globalização e dos atores estatais e não estatais, que constituem categorias elementares da política e que serão objeto deste trabalho.

Na primeira parte, investigam-se as transformações ocorridas no âmago da sociedade internacional, dissertando-se a respeito de sua constituição histórica e categorização científica, a fim de esclarecer os efeitos que esses fenômenos têm causado nos diversos ramos da vida contemporânea.

Em seguimento, estuda-se a globalização como acontecimento precursor de uma sociedade interligada complexamente, analisando-se as causas que estimularam o seu aparecimento e suas relações com a desigualdade de renda.

Por fim, define-se o conceito de atores estatais e não estatais, categorizando-os e os inter-relacionando com seu papel no descolamento da governança do núcleo do governo, fato este que tem colocado no centro do debate a estruturação de um desenvolvimento sustentável no âmbito global.

1 A SOCIEDADE INTERNACIONAL NO SÉCULO XXI

Como a mais importante instituição política da sociedade moderna, o conceito de Estado sempre atraiu a atenção dos pesquisadores, mesmo que nesse caminho tenha sido analisado com perspectivas diferentes e contraditórias. O pensamento acadêmico do século XX a esse respeito formou-se no resgate da denominada Paz de Vestfália (1648-49), um conjunto de tratados entre o Sacro Império Romano Germânico, a Suécia e a França, que organizou diferentes unidades políticas com base na língua e considerou, com poucas exceções, apenas os Estados como sujeitos de direito internacional.

Essas unidades gradualmente passaram a ser conhecidas como Estados-nação e possuem algumas características básicas compartilhadas: território, povo, governo e soberania (WEBER, 1982, p. 98). Como propriedades complementares, a teoria política ainda aponta: (1) continuidade legal da sociedade nacional; (2) agências institucionalizadas e mudanças sociais; (3) agências de aplicação da lei; (4) defesa de contra-ataques externos ou insurgências internas; e (5) sustento econômico para sua população (CHATTERJEE, 2010, p. 1937).

Assim, verifica-se que, do ponto de vista conceitual, o Estado exerce dominação exclusivamente sobre um povo em território geográfico definido, o qual deve obediência à sua autoridade. Esta acepção liga-se à teoria de Max Weber, ao sustentar que o Estado-nação constituiria o modelo político-jurídico da modernidade e exerceria o monopólio da violência legítima.

Mas quando o Estado-nação supostamente dominou e quando declinou? Existe a ideia de que, em linhas gerais, desde a década de 1840 até a década de 1960, o Estado-nação seria a única opção organizacional difundida para a sociedade humana. Entretanto, e como atenta Mann (2013, p. 9), isso seria exagerado e eurocêntrico, porquanto somente a Europa Ocidental moveu-se em direção aos Estados de modelo nacional. A Europa Oriental, por exemplo, oscilava entre eles e os impérios, enquanto o resto do mundo permaneceu dominado por impérios.

O argumento de Mann reforça-se com os dados demográficos do início do Século XVIII, que indicam que a Europa possuía apenas 20% da população mundial, enquanto a Ásia agrupava 67% e a África 10% (PIKETTY, 2014, p. 80).

Mesmo assim, como reflexo da Segunda Guerra Mundial e com a expansão da globalização, o Estado consolidou-se como a unidade política primária e convencional que desempenha um papel fundamental nos assuntos internacionais, mesmo que sua preponderância venha sendo posta em questão ante a sua incapacidade em oferecer respostas políticas aos emergentes anseios globalmente compartilhados.

A constituição da sociedade global é um fenômeno contemporâneo e em constante mutação, o que dificulta inclusive sua delimitação analítica. A averiguação desse fato é relevante, na medida em que as interações internacionais têm se acelerado, causando efeitos em todos os âmbitos da vida humana, especialmente na economia, na cultura, no direito e na política.

Assim, para estudar as repercussões dessas transformações sociais, deve-se investigar preliminarmente a historicidade e a categorização que envolve o surgimento da sociedade internacional como fenômeno contemporâneo.

O projeto filosófico da modernidade, por sua vez, estabeleceu o Estado-nação como um modelo político-jurídico pretensamente acabado e perfeito, porque, detentor do monopólio da violência legítima, era incumbido de promover a imperatividade das normas e cumprir as promessas de liberdade, igualdade e fraternidade. Nesse sentido, o ordenamento jurídico hierarquizado e derivado de uma Constituição nacional erigia o principal ferramental do Estado-nação, porque constantemente (re)legitimava sua função e conveniência política.

Por essa razão, o Estado-nação faz uso do princípio da supremacia como argumento jurídico que lhe permite produzir e executar o Direito com exclusividade, cumulando funções governativas e governamentais. Tal princípio apresenta uma face bifronte, porquanto, do ponto de vista interno, obriga o indivíduo a sujeitar-se à vontade estatal como supremacia, enquanto que, da perspectiva externa, sob a faceta de soberania, garantiria independência e autodeterminação dos povos. Entretanto, essa proposição moderna enfrentou dificuldades imprevisas e aparentemente insolúveis.

A soberania pressupõe que o povo, o território e o governo locais devem ser respeitados pelos demais Estados. O problema é que esse princípio assenta-se no argumento de que os “Leviatãs” são iguais, e, dessa forma, desconsidera que, no âmbito internacional, existem distinções gigantescas entre os entes governativos, notadamente envolvendo os recursos materiais, como militares e econômicos.

As informações apresentadas por Max Roser e Mohamed Nagdy, por exemplo, permitem que o pesquisador analise os gastos militares em números absolutos e proporcionais, verificando-se tanto a (in)existência de paridade entre os países quanto a prevalência de investimentos em defesa nas agendas nacionais. Em tais compilados, nota-se que as despesas militares globais em 2014 foram dominadas pelos Estados Unidos da América, China, Arábia Saudita, Rússia e Reino Unido. Entretanto, as projeções de despesas militares para 2045 sugerem que, embora os Estados Unidos da América continuem a ser o maior protagonista, a China deverá aproximar-se desse patamar (ROSER; NAGDY, 2016).

Sob outra perspectiva, se os gastos militares forem comparados com o PIB dos países, eles se mostram altos em áreas submetidas a conflitos bélicos históricos. É o caso da Arábia Saudita, Israel, Iraque, Líbano, Iêmen, Eritreia e Coreia do Norte, locais que têm experimentado desordens continuadas em suas fronteiras pelo menos desde a Segunda Guerra Mundial (ROSER; NAGDY, 2016).

Tais empecilhos são de difícil transposição. A Organização das Nações Unidas, por exemplo, embora se estruture de maneira inclusiva e com um modelo assemblear, onde todos os Estados têm direito ao voto, permite que as decisões sejam moderadas pelos membros de um diminuto e seletivo conselho, cuja composição reflete uma realidade geopolítica da década de 1950.

Além disso, outro obstáculo à soberania é a dificuldade que o Direito encontra para efetivar-se no âmbito supranacional. Como a racionalidade político-jurídica da modernidade estrutura-se no modelo estatal hobbesiano, que, além de legitimar-se apenas dentro dos limites da nação, depende do vigor de normas formais, inexistindo ente governativo com força e legitimidade suficientes para transpor as fronteiras e impor o cumprimento dos tratados.

Em outras palavras, apesar de existirem dezenas de instrumentos de regulação jurídica que se propõem a dispor de espaços territoriais não estatais – como as águas internacionais, o polo antártico, os espaços aéreo e sideral, entre outros –, tais documentos carecem de sanção efetiva. Não por acaso, os Estados, conforme sua capacidade material e política, deliberam não cumprir com as obrigações tomadas perante a comunidade internacional, sem sofrer retaliações significativas, que, por vezes, não passam de mera retórica de severa reprovação da comunidade internacional. Embora exista direito desprovido de sanção, é pelo menos questionável, no longo prazo, a efetividade de normas jurídicas que se fundem apenas na boa vontade dos atores, notadamente quando os ganhos econômicos e políticos de descumprir a norma sejam maiores que a sua imagem perante os demais atores.

É importante notar, também, que o desenvolvimento da tecnologia da informação aproximou povos antes distanciados por barreiras geográficas e

culturais. Esse fato abriu caminho para que houvesse uma ampliação das relações econômicas e políticas, cujos resultados não mais respeitam as premissas modernas e indiciam a fundação de uma “sociedade internacional”.

Embora pareça trivial, a expressão “sociedade internacional” não reflete mera ampliação conceitual da “sociedade nacional”, porque, da ótica sociológica, a sua construção terminológica é intrincada. Mais do que uma simples associação de Estados-nação soberanos, verifica-se um compartilhamento de valores culturais e identitários, bem como o estabelecimento de laços de pertencimento a uma comunidade (BUZAN, 2004, p. 74-5). Nesse ponto, os costumes que envolvem as regras do direito internacional mostram que a diplomacia objetiva a concertação social, sem desprezar a soberania e a autodeterminação.

Além disso, como se trata de uma via de mão dupla, não só as relações entre Estados repercutem na sociedade internacional, mas esta gera inflexões no protagonismo estatal, cunhando alterações estruturais importantes, tais como o que se denomina por homogeneização isomórfica (MEYER ET AL., 1997, p. 145). Essa categoria conceitual traduz-se na constatação de que o Estado-nação ocidental se tornou um paradigma reproduzido sistematicamente. Em outras palavras, esse modelo de organização passou a ser exportado para todas as partes do globo, de modo que se reconhece um Estado apenas se este adota pressupostos partilhados por todos, como a “democracia representativa”, a “segurança jurídica” e a “liberdade de mercado”, por exemplo.

Por isso, para compreender as causas desse fenômeno homogeneizante, é necessário que se estude a globalização como acontecimento que transformou a sociedade contemporânea e definiu novos referenciais epistemológicos.

2 A CONSOLIDAÇÃO DA GLOBALIZAÇÃO COMO AGENTE DE TRANSFORMAÇÃO

A estática conformação moderna da sociedade foi suplantada por um fato denominado de globalização, que, por ser multidimensional, complexo e intenso, transformou o ambiente político internacional em algo muito distinto do que uma “associação” de Estados. Para entender esse fenômeno, deve-se investigar os fatores que incitaram o seu desenvolvimento, além de, é claro, seu conceito e caracterização.

Inicialmente, convém reconhecer a complexidade que envolve a investigação científica da globalização. Considerando que se trata de um processo em movimento, sua adequada compreensão necessita de uma perspectiva transdisciplinar que seja capaz de aliar todos os seus efeitos plásticos na economia, cultura, direito, política e demais ciências.

Embora tendencialmente limitadas, podem-se adotar duas perspectivas conceituais para explicar o surgimento da globalização. A primeira reconhece que se trata de um fenômeno arcaico, existente desde o princípio da humanidade, considerando que todos os movimentos que transpuseram fronteiras territoriais

possuíram linhas “globalizantes”. Nessa interpretação, os grandes impérios da antiguidade, bem como as grandes navegações, traduzem-se em extratos fenomenológicos. Porém, essa perspectiva peca no ponto em que amplia o conceito de modo tão desmedido que praticamente toda a história humana seria “global”, e, assim, o valor científico diferencial do conceito restaria esvaziado (OLSSON, 2003, p. 94).

Por outro lado, a interpretação restrita do conceito de globalização relaciona o fenômeno como algo recente, cujo desenvolvimento e consolidação ocorreram no final do século XX, representando algo “qualitativamente diferenciado de quase tudo o que se teve até agora em matéria de ordenação socioeconômica e de regulação político-jurídica” (FARIA, 1999, p. 60-2).

Tal marco teórico pondera que três episódios distintos, mas interdependentes, foram o combustível do fenômeno. O primeiro é o resultado de transformações no sistema monetário internacional, que modificou a estrutura de administração de ativos financeiros; o segundo é a reconfiguração da legislação de vários Estados-nação, que passaram a desregulamentar os mercados e a tornar menos rígidas as normas de proteção interna; e o terceiro é a revolução informacional e tecnológica, que gerou o desenvolvimento e a adoção de novas ferramentas para a otimização dos processos produtivos e comerciais. Essas três causas elencadas por Faria contribuíram para que a globalização vigorasse e consolidasse seus efeitos, diametralmente conexos com a atuação dos atores internacionais, como se demonstrará mais adiante.

Mesmo assim, cabe ressaltar o equívoco de considerar a globalização como sinônimo da integração dos mercados, porquanto esta definição negligencia outros motores importantes do fenômeno, como o jurídico, o político e o cultural. Além disso, Mann narra que a globalização não ocorre apenas quando a economia cresce, porque as recessões também são globais. No período de 1914 a 1945, por exemplo, além de as duas guerras mundiais terem afetado todos os países, o comércio internacional em proporção ao PIB decaiu, fazendo com que a desintegração econômica globalizasse (MANN, 2013, p. 3).

Nesse sentido, Esteban Ortiz-Ospina e Max Roser demonstram que, com o início da Primeira Guerra Mundial, o declínio do liberalismo e o aumento do nacionalismo levaram a uma queda no comércio internacional. Em seus dados, percebe-se que houve uma redução considerável do comércio internacional no período entre guerras, mesmo havendo uma ampliação do conflito (ORTIZ-OSPINA; ROSER, 2016).

Inobstante, considerando que a globalização tal qual verificada na contemporaneidade adota um eixo ideológico neoliberal, o fenômeno acaba revelando-se contraditório tanto no discurso como na prática, o que constitui uma de suas características relevantes a merecer atenção no âmbito deste trabalho.

No que concerne ao alcance territorial da globalização (sentido horizontal), esta não é tão universal quanto se sustenta no senso comum. A análise dos caminhos da economia evidencia que existem áreas continentais com maior ou menor relacionamento, seja por convergências financeiras ou culturais. Alguns trechos da

África Central e da Ásia, por exemplo, não instigam tanto interesse quanto espaços com maior grau de desenvolvimento como as Américas e a Europa.

Como demonstração argumentativa, cita-se o Relatório de Desenvolvimento Humano da ONU, onde se verifica que, apesar de o comércio de mercadorias entre países emergentes (Sul-Sul) ter triplicado no período 1980-2011, tendo as relações entre China e África Subsaariana aumentado de US\$ 1 bilhão para mais de US\$ 140 bilhões, as economias avançadas (Norte-Norte) ainda exercem papel preponderante (ORTIZ-OSPINA; ROSER, 2016).

No que se refere aos destinos turísticos, dados da Organização Mundial do Turismo estimam que, em 1950, dois terços dos turistas globais visitaram a Europa. Apesar de o levantamento comprovar que essa região reduziu sua importância turística, a África, que, em 1950, recebia 2,0% dos viajantes, atualmente é eleita como destino por apenas 4,7% (ROSER, 2017).

Desse modo, reconhece-se que a globalização não é uniforme, mas atua nos espaços locais com diferentes graus de intensidade.

Quanto à profundidade (sentido vertical), não é difícil concluir que o âmbito econômico, especialmente na sua face financeira, desenvolveu-se de modo mais complexo e intenso. Em outras palavras, nota-se a difusão mais acentuada na globalização da economia em detrimento de outras dimensões como a social, a jurídica e a política. Esse ponto é interessante, porquanto desvenda uma contradição das teses neoliberais, uma vez que, se o mundo deve ser tão “sem fronteiras” no âmbito econômico, também o deveria ser quanto aos demais âmbitos, como, por exemplo, as migrações. Entretanto, parece inexistir interesse dos grandes atores econômicos, notadamente das corporações transnacionais, em estabelecer marcos regulatórios supranacionais envolvendo as demais dimensões, que inexoravelmente culminariam na redução da globalização econômica por meio da utilização de novos padrões ético-normativos. Isto é: se o direito e a política, por exemplo, fossem tão globalizados quanto a economia, ao ponto de o direito internacional ser dotado de sanções efetivas, e de o protagonismo global de um ente público ser inquestionável e poderoso (uma “super” ONU reconfigurada, como exemplo), é evidente que haveria instrumentos de regulação e controle do capital no nível supranacional.

Apresentam-se, portanto, como demonstração argumentativa as conclusões de pesquisadores que têm narrado que o efeito negativo da globalização sobre a desigualdade de renda pode ser observado nas diferenças salariais entre pessoas altamente qualificadas e pouco qualificadas, isto é, na relação entre importação e exportação de bens manufaturados básicos e itens de alta tecnologia, porquanto a predominância de exportações destes força o mercado a majorar os salários das pessoas qualificadas. Ainda que o nexo causal não seja definitivo, os dados analisados na pesquisa demonstram que o aumento das importações chinesas no período de 1990 a 2007 causou maior desemprego e redução dos salários nos mercados de trabalho locais, servindo como indício de que a integração dos mercados não globaliza, de forma direta e necessária, os benefícios econômicos e sociais (ROSER, ORTIZ-OSPINA, 2017).

Outro ponto importante a ser referido é que o principal motor do processo da globalização é a dimensão econômica, que repercute e influencia o âmbito social, cultural e político. No entanto, esses outros campos da vida não foram totalmente dominados pela racionalidade instrumental econômica, porquanto ainda possuam algumas especificidades. Diz-se que existiram dois movimentos contíguos e concomitantes que estimularam o surgimento da globalização: o primeiro “pode ser caracterizado como a mais longa fase de acumulação ininterrupta do capital que o capitalismo conheceu desde 1914”; e, o segundo, refere-se “às políticas de liberalização, de privatização, de desregulamentação e de desmantelamento de conquistas sociais e democráticas, que foram aplicadas desde o início da década de 1980” (CHESNAIS, 1996, p. 34).

No mesmo sentido, Grossi explica que “a globalização é um enorme fenômeno em curso, que está se desenvolvendo e transformando dia após dia”, cujos efeitos assemelham-se a areias movediças, o que, de certa forma, explica o afastamento dos juristas. Estes, habituados a gerenciar hipóteses estáticas, espantam-se com a liquidez da globalização, impossível de ser estancada na platina de um microscópio (GROSSI, 2009, p. 156).

Desse modo, pode-se tomar como referencial a assertiva de que a globalização está muito além da economia, impactando inclusive a política, a cultura e o direito, porque está provocando o surgimento de uma cultura universal que compartilha valores societais. Essa “aldeia global” (IANNI, 2013, p. 123) também tem seu lado perigoso, porque impede o dissenso e toma os ideais ocidentais como homogeneizantes e portadores de uma suposta verdade científica incontestável e até pretensamente “natural”.

Assim, Arnaud alude que a globalização atua como se fosse um vírus, porquanto se apresenta como um “processo social, econômico, cultural e demográfico que se instala no coração das nações e as transcende ao mesmo tempo, de tal forma que a atenção limitada aos processos locais, às identidades locais, às unidades de análise locais, torna incompleta a compreensão do local” (ARNAUD, 1999, p. 16). Por essa mesma razão, Ulrich Beck afiança que a globalização, no seu formato atual, apresenta riscos à humanidade, uma vez que a inexistência de fronteiras econômicas, informacionais, culturais e civis coage a padronização cultural conforme os seus paradigmas, ainda difíceis de serem compreendidos (BECK, 1999, p. 46-47). Ou seja, para Beck, a ameaça do fenômeno está no desconhecimento de seus resultados, como se fosse um salto no escuro.

Desse modo, percebe-se que a globalização abrange distintos âmbitos e modifica a arquitetura da sociedade internacional, encetando um paradigma científico em que novos atores passaram a suplantar a importância daqueles tradicionalmente cunhados na modernidade. Nesse ponto, a até então clássica sociedade entre nações passa a ser desafiada por uma sociedade de âmbito global, formada por atores antigos, mas de papéis reconfigurados, e atores emergentes. As características destes novos elementos sociais, por sua vez, e suas complexidades, serão abordadas no próximo tópico.

3 OS ATORES INTERNACIONAIS E SEUS PAPÉIS REDEFINIDOS

A sociedade denominada por “internacional” era, inicialmente, uma “associação de Estados”, evidenciando que o papel principal era exercido diretamente por esses entes, seja no âmbito diplomático ou mediante as organizações internacionais intergovernamentais.

Todavia, nas últimas décadas, o protagonismo estatal tem sofrido importantes mudanças que, de modo geral, atingiram o âmago desses atores tradicionais, porquanto o papel dos atores globais não estatais, como as organizações internacionais não governamentais e as empresas transnacionais, robusteceu extraordinariamente.

Ao contrário dos pressupostos do Direito Internacional Público, que exige a adoção de uma personalidade jurídica para prestigiar a preponderância de um sujeito, para as Relações Internacionais a falta de reconhecimento formal do ator não traz qualquer importância prática, porque a abordagem ocorre a partir de sua capacidade, legítima ou não, de causar influência no âmbito internacional, inclusive no âmbito jurídico.

Por isso, a classificação de atores, apesar de se amoldar conforme o juízo científico estabelecido, tendencialmente converge para apontar a presença de um parâmetro eclético, cujos fluxos englobam “os denominados atores tradicionais, os novos atores e os atores emergentes” (OLIVEIRA, 2014, p. 100). No âmbito deste trabalho, e de modo funcional e didático, serão avaliadas as peculiaridades dessas três espécies de atores.

Os atores tradicionais são constituídos pelos Estados nacionais e as organizações internacionais intergovernamentais. Ambos resultam das premissas estruturantes cunhadas no projeto filosófico da modernidade, conforme já referido, e, embora tenham reduzido sua importância no plano global, ainda exercem papel fundamental no tabuleiro da política.

No caso dos Estados, estes ainda são, para os indivíduos, os pilares que estabilizam as relações sociais, uma vez que concentram a regulação da sociedade no âmbito territorial e garantem bens da vida como a segurança, a dignidade e a liberdade. No caso das organizações internacionais intergovernamentais, estas decorrem da performance exterior dos Estados, sendo comumente criadas como mecanismos de cooperação que executam ações de cunho transterritorial, cujo exemplo mais evidente é a Organização das Nações Unidas.

Os novos atores, por sua vez, particionam-se em organizações internacionais não governamentais e em empresas transnacionais, possuindo, como elemento caracterizador, a aptidão de inflexionar enorme coeficiente da população mundial.

As organizações internacionais não governamentais distinguem-se das anteriores por não se estruturarem a partir de instrumentos jurídicos internacionais, mas por serem constituídas por membros da sociedade civil observando-se as

normas internas do país em que ocorre sua constituição (KARNS; MINGST, 2004, p. 217). Caracterizam-se por adotarem um modelo governativo de autogestão, promoverem a filantropia e não se sujeitarem à vontade dos governos, o que, aliado ao baixo nível de formalização, explica como se propagaram tão rapidamente no globo. Os objetivos cardeais desses atores comumente relacionam-se com a promoção do meio-ambiente, da saúde e dos direitos humanos, como é o caso do Greenpeace, dos Médicos sem Fronteiras e da Anistia Internacional.

Apesar de não possuírem poder econômico ou militar, exercem influência política calcada na autoridade moral do discurso que promovem. Como as causas que defendem adquirem importância capaz de suplantar os interesses estatais, atuam como formadoras da opinião pública, incitando a formalização de tratados e compromissos internacionais. E, como atuam de modo capilarizado em várias partes do mundo, revestem-se de uma liquidez operativa que escapa às mãos dos governos centrais.

As empresas transnacionais, por sua vez, constituem os atores com a maior capacidade de influência no hodierno recorte político global, porque concentram vultosas reservas materiais e produzem faturamentos anuais que superam, em muito, o produto interno bruto de centenas de países. Uma análise mais apurada constata que sua capacidade de atuação escapa às fronteiras nacionais e o volume de negócios muitas vezes supera o PIB dos principais países. No caso da Apple, por exemplo, o lucro de US\$ 54 bilhões que a empresa anunciou em 2015 supera o PIB de 110 dos 187 países dos quais o FMI dispõe de dados (EL PAÍS, 2015). Por esta razão, tem-se afirmado que as corporações se tornaram entidades para-governamentais que exercem um papel político importante.

A terminologia transnacional é propositalmente utilizada para demonstrar a superação da ideia de empresa “internacional” ou “multinacional”, porque tais conceitos, por remontarem à época de predomínio do Estado-nação, supunham que as empresas estariam ligadas a um país sede e atuariam limitadas às inter-relações estatais orientadas por um desses governos. Atribuir às empresas o predicado de “transnacionais” significa que suas operações estão acima e além dos muros estatocêntricos, e, mais, que sua racionalidade instrumental transcende esses postulados tradicionais.

Extratos da globalização, que dotou a racionalidade econômica com instrumentos da telemática, as empresas transnacionais operam com uma interligação complexa entre mercado, produção e gestão dos negócios. Para chegar até este ponto, elas sofreram influência da financeirização econômica, do aperfeiçoamento dos processos produtivos e da propulsão dos parâmetros de consumo (OLIVEIRA, 2004, p. 252-253). Com isso, elas desvincularam-se das ligações históricas com seus países de origem e foram rebatizadas sob o manto global para, combinando eficientemente descentralização de estruturas administrativas e produtivas, agregação de complexas cadeias de insumos e articuladas estruturas logísticas, transcenderem os Estados. Sua mais notável prática é a elisão combinada de sistemas jurídicos, em que, por exemplo, instalam domicílio fiscal em locais distintos daqueles onde se localizam as unidades produtivas, de forma que não paguem tributos em Estado algum, ou paguem muito pouco,

explorando as lacunas e contradições dos diferentes sistemas jurídicos estatais de forma combinada e meticulosamente articulada.

Assim, as empresas não nutrem obrigação social ou política com as sociedades em que estão inseridas, mas apenas perante seus acionistas, que deixaram de ser famílias conhecidas para pulverizarem-se por todo o planeta em relações anônimas. E, embora tenham surgido em um espaço territorial específico, agora se tornaram entidades apátridas, porque são desprovidas de liames de nacionalidade ou pertencimento social. Promover a nacionalidade das unidades produtivas é, quando muito, apenas uma estratégia de marketing ou de mercado para ganhar mais consumidores e customizar parte da produção a demandas regionais.

O poder das empresas transnacionais, por sua vez, não se relaciona com o exercício de autoridade pública e legítima, como no caso dos atores tradicionais, mas é eminentemente privada e econômica. A grande capacidade de mobilizar recursos materiais, bem como formular agendas envolvendo a produção, o trabalho, o emprego e a renda, acabam sujeitando os Estados e os interesses e necessidades da população local. E, quando a lógica das transnacionais é desrespeitada, basta fechar a unidade produtiva e leiloar melhores condições com outro Estado, tornando complexo o desenvolvimento de políticas públicas e colocando em xeque o próprio princípio da soberania, contornado com facilidade por essas entidades.

Por fim, os atores emergentes são líquidos e voláteis, traduzindo-se como sendo as entidades de grande amplitude operativa, como os movimentos sociais, os partidos políticos, os sindicatos, a mídia, o crime organizado, o terrorismo, entre outros. Em razão da vivacidade das relações, não é crível esgotar o seu alcance, o que, ao invés de deter a performance desses atores, é justamente o comburente que os lança no cenário internacional.

A preponderância desses atores tem crescido à medida que são fugidios, impossíveis de delimitar no campo de atuação, configurando novo paradigma à sociedade internacional, porque o terrorismo, por exemplo, estrutura-se e floresce exatamente nas lacunas causadas pela dificuldade de regulação.

Com isso, percebe-se que esses atores têm se utilizado de suas técnicas políticas e econômicas para conformar toda a sociedade internacional, passando a um patamar de grandes protagonistas do tabuleiro da política global, que já não respeita as fronteiras estatais. Desse modo, os construtivistas sociais estão corretos ao afirmar que as ideias são mais importantes do que a capacidade militar ou econômica dos atores, porquanto uma arma convencional nas mãos do adversário pode causar maior destruição do que a ogiva nuclear de um parceiro. Não por acaso, o exercício de poder no âmbito global não só se transferiu do militar para o econômico, ainda de dimensão material, mas, ao mesmo tempo, apresenta-se cada vez mais relevante na sua dimensão ideacional.

A capacidade que esses atores possuem para concentrar recursos econômicos, transpor marcos regulatórios e influenciar políticas estatais constitui o que contemporaneamente se nomeia de descolamento da governança do núcleo do governo, que traduz o fenômeno que atingiu os Estados e retirou-lhes a capacidade de ditar os rumos nacionais com exclusividade.

Essa ponderação é relevante porque representa um grave problema que envolve a sociedade hodierna. A ideia de “desenvolvimento” apresentada como resultado de indicadores como o produto interno bruto, balança comercial e desenvolvimento humano, representa, no fundo, um referencial abstrato que serve a interesses ideológicos, tanto para legitimar ações prejudiciais para a humanidade (justificando o mal necessário, ou de fins que justificam os meios), como mesmo para valorizar ações industriais competitivas destituídas de conteúdo ético (ARRIGHI, 1997).

Embora seja inegável que esses atores tenham grande capacidade de desenvolverem a economia dos países do ponto de vista comercial e industrial, com tecnologia e postos de trabalho, por exemplo, não há mecanismo de controle posto à disposição da sociedade que garanta a sustentabilidade desse desenvolvimento no médio ou longo prazo. Mais ainda, nada garante a projeção desse desenvolvimento puramente econômico para outras dimensões do mundo da vida, como indicadores de desenvolvimento humano.

Embora facilmente se possa responsabilizar os Estados por uma ação ou omissão, esses novos atores são fugidios e líquidos. No mesmo sentido, enquanto se pode utilizar da regulação jurídica para reconhecer o impedimento de um mau governante no âmbito público, as empresas que exercem governança privada não são alcançadas por qualquer instrumento posto à disposição da sociedade para contestar suas práticas no âmbito global. Essa questão é muito complexa e certamente não menos controversa, mas o descolamento das categorias de governo e governança, e, em particular, a instituição de mecanismos de governança privada por corporações transnacionais em temas macroeconômicos, como geração de emprego e renda, por exemplo, é um tema a desafiar o Estado e toda a sociedade global com a limitação crescente do papel daquele como o até então “modelo político-jurídico da modernidade”.

Como o modelo social descortinado não possui perspectiva democrática, nem garantias de que o desenvolvimento seja sustentável, o futuro revela-se incógnito e de difícil previsão, e, nesse sentido, todas as considerações aqui expostas têm o modesto propósito de trazer, como se anunciou no título, nada mais do que apenas uma mera “introdução”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho dedicou-se a apresentar os elementos conceituais que envolvem o estudo da sociedade contemporânea, especialmente no que se refere à perda do monopólio do Estado e a ascensão de atores não estatais, que colocam em causa o objetivo de estabelecer um desenvolvimento humano sustentável e independente de interesses econômicos e políticos.

Para tanto, a primeira parte do trabalho averiguou as mudanças sucedidas na sociedade internacional contemporânea, narrando sobre a historicidade e a

categorização que envolve a consolidação da sociedade internacional como característica da vida hodierna.

Após, elaborou-se narrativa a respeito da globalização, problematizando as causas que provocaram o surgimento do fenômeno, bem como investigando como este exerce influência para além do âmbito econômico, homogeneizando a cultura e o direito, por exemplo.

Por fim, tratou-se do conceito de atores estatais e não estatais, o papel que estes exercem na sociedade internacional, bem como a consideração de que houve um descolamento da governança do núcleo do governo. Com isso, os instrumentos de desenvolvimento sustentável prometido pela pós-modernidade acabam nas mãos de atores alijados de qualquer controle democrático por parte da sociedade, e notoriamente comprometidos com o capital, que, como uma simples introdução da problemática, deve merecer estudo mais aprofundado pela academia brasileira.

REFERÊNCIAS

- ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado.** Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ARRIGHI, Giovanni. **A ilusão do desenvolvimento.** Trad. Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. Petrópolis: Vozes, 1997.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização: equívocos do globalismo, respostas à globalização.** Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BUZAN, Barry. **From international to world society: English school theory and the social structure of globalization.** Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- CHATTERJEE, Aneek. **International relations today: concepts and applications.** Delhi: Pearson, 2010.
- CHESNAIS, François. **A mundialização do capital.** Trad. Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.
- EL PAÍS. **O que dá para comprar com 211 bilhões de reais? Lucro da Apple – 54 bilhões de dólares – supera o PIB de 110 países.** 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/27/economia/1445972060_243099.html>. Acesso em: 04 fev. 2017.
- FARIA Jose Eduardo C. O. **O direito da economia globalizada.** São Paulo: Malheiros, 1999.
- GROSSI, Paolo. **Globalização, direito, ciência jurídica.** Espaço Jurídico: Journal of Law [EJLL], v. 10, n. 1, p. 153-176, 2009.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

KARNS, Margaret P.; MINGST, Karen A. **International organizations: the politics and processes of global governance**. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2004.

MANN, Michel. **The sources of social power: The Rise of Classes and Nation-States, 1760-1914**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.v. 2.

MEYER, John W., et al. **World society and the nation state**. American Journal of Sociology, New York, Vol. 53, 1997, p. 144-181.

OLIVEIRA, Odete M. **Relações internacionais, direito e poder** – cenários e protagonismos dos atores não estatais. v. I. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.

_____. **Relações internacionais: estudos de introdução**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

OLSSON, Giovanni. **Relações internacionais e seus atores na era da globalização**. Curitiba: Juruá, 2003.

OSPINA-ORTIZ, Esteban; ROSER, Max. **International trade**. 2016. Disponível em: <<https://ourworldindata.org/international-trade>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

ROSER, Max. **Tourism**. 2017. Disponível em: <<https://ourworldindata.org/tourism/>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

ROSER, Max; NAGDY, Mohamed. **Military spending**. 2016. Disponível em: <<https://ourworldindata.org/military-spending/>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

ROSER, Max; ORTIZ-OSPINA, Esteban. **Income inequality**. 2017. Disponível em: <<https://ourworldindata.org/income-inequality/>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

Autores convidados

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

1 A revista *Direito e Justiça: Reflexões sociojurídicas*, elaborada pelo Curso de Direito da URI, campus de Santo Ângelo, publica artigos.

2 Quanto à temática, os artigos deverão obedecer às linhas de instrumento de propagação das reflexões e construções do conhecimento acerca dos Novos Direitos, estimulando o debate, o questionamento e o desenvolvimento dos processos formativos dos operadores e investigadores jurídicos, como forma de integração entre a universidade e o mundo da vida voltada para a potencialização dos processos de constituição da cidadania e da democracia.

3 Os trabalhos serão recepcionados pelo método *double blind peer review*, que possibilita a análise dos inominados artigos, garantindo segurança tanto para o(s) autor(es), quanto para os avaliadores. Esse método ainda exige a avaliação do artigo por dois ou mais avaliadores.

4 O Conselho Editorial não se obriga a publicar nenhuma colaboração que lhe seja enviada e também devolver os originais. Somente serão devolvidos os textos ao(s) autor(es) em caso de mudanças ou correções sugeridas pelo Conselho Editorial.

5 O envio espontâneo de artigos e a posterior aceitação para publicação implica, automaticamente, a cessão dos direitos autorais à Revista, tanto em versão impressa como eletrônica. Sua reprodução posterior, por qualquer meio, poderá ser feita somente mediante entendimento prévio entre a Revista e o autor e com a devida citação da fonte.

6 Os conceitos e informações contidas nos textos são de inteira responsabilidade de seus autores.

7 Os textos deverão ser inéditos e submetidos no site http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica. Para envio e acompanhamento do texto, é necessário cadastrar-se na área de acesso.

8 Os trabalhos devem:

- a) ser inéditos e no máximo 3 autores, sendo pelo menos um autor Doutor ou Mestre;
- b) conter título (na língua portuguesa e inglesa);
- c) resumo (na língua portuguesa e inglesa), com no máximo 200 palavras;
- d) palavras-chave (na língua portuguesa e inglesa);
- e) sumário (na língua portuguesa e inglesa);
- f) introdução, desenvolvimento, conclusão e referências;
- g) possuir de 10 a 20 laudas no formato Word;
- h) fonte **Times New Roman** 12, espaçamento entre linhas simples, espaçamento entre parágrafos simples, com margens superior e esquerda de 3cm, inferior e direita 2cm.

9 O nome do autor deverá ser colocado abaixo do título, por extenso, seguido de nota de rodapé com as devidas especificações, a saber: cargo, titulação, local de trabalho, grupo de pesquisa, e-mail e, se houver, a publicação mais relevante.

10 Os textos deverão ser elaborados conforme as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), adotado o sistema na forma de “nota de rodapé”, sistema numérico.

12 As referências são apresentadas no final do trabalho, listadas em ordem alfabética e sem numeração, de acordo com a ABNT. Exemplo:

a) Artigo

SOBRENOME, Nome. Título do artigo. Título do periódico em itálico, local de publicação, v. ano-ou-volume, n. número-ou-fascículo, p. página inicial-página final, data.

Ex.: CIRNE-LIMA, Carlos. Ética de coerência dialética. *Veritas*, Porto Alegre, v.44, n. 4, p. 941-964, dez./1999.

13 Os títulos das divisões e subdivisões dos textos devem ser escritos em letras minúsculas e negrito e numerados de forma progressiva.

14 Os trabalhos deverão ser escritos em Língua Portuguesa, Língua Espanhola, Língua Inglesa, Língua Francesa, Língua Italiana ou Língua Alemã e a revisão será de responsabilidade do autor do texto.

15 Anexos como figuras e gráficos dificultam a edição da revista, devendo ser evitados.

16 A revista fornecerá ao autor do texto um exemplar da edição.

17 Somente serão analisados trabalhos que estejam dentro das regras e que atendam às recomendações.

18 Os autores serão notificados sobre o resultado da avaliação via e-mail.

Redação:

Revista Direito e Justiça

Curso de Graduação em Direito da URI, RS

Av. Universidade das Missões, 464 – Tel. (55) 3313-7950

E-mail: direito@santoangelo.uri.br

Página: http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica
98802-470 – Santo Ângelo, RS – Brasil

RELAÇÃO DE ARTIGOS PUBLICADOS NAS EDIÇÕES ANTERIORES

Nº 1 – Abril/2002

Adriane Cláudia Melo Lorentz e Letícia Mousquer Ritter

Eficácia dos tratados internacionais no direito brasileiro: etapas de internalização e hierarquia

Astrid Heringer

Propriedade industrial: as novas interpretações da licença compulsória para medicamentos

Belmiro Pedro Welter

(Des)velamento da cidadania na democracia constitucional

Eliseu Mânica

Algumas reflexões para uma cidadania instituinte e planetária

Florisbal de Souza Del’Olmo

A homologação de sentença estrangeira no direito brasileiro

Osmar Veronese

Impunidade parlamentar

Rafael Iansen César

Aplicabilidade da norma constitucional dos jurois reais: uma análise do artigo 192, § 3º, da Constituição Federal

Saleto Oro Boff

A jurisdição constitucional no estado democrático de direito

Nº 2 – Setembro/2002

Artur Hamerski

O bem falar, escrever e interpretar

Cláudio Specht

O movimento dos trabalhadores rurais sem terra no contexto dos movimentos sociais

Eros Roberto Grau

Sobre a interpretação/aplicação do direito: seu caráter alográfico

Gilberto Kerber

Direito de família: alterações do Código Civil

Gilmar Antonio Bedin

O fenômeno da globalização do mundo e as possibilidades de realização da sociedade atual: é possível construir uma nova ordem mundial justa e solidária?

Giovan Vinícius Soares de Lima

Os direitos do homem

Luciana Claudete Meirelles Corrêa

Os limites do poder do juiz

Marcelo da Pieve

A antecipação da tutela dos fatos incontrovertidos do pedido

Nº 3 – Maio/2003

Ademir Vieira dos Santos

Direito e Psicologia – uma interdisciplinaridade possível e necessária

Adriane Cláudia Melo Lorentz

O poder dos estados na sociedade internacional

Astrid Heringer e Bianca Missio

A produção da violência contra a mulher no âmbito doméstico

Cássia Paola Dilkin

Soluções pacíficas de controvérsias entre os estados

Eliseu Mânica

O efetivo conteúdo de efeito suspensivo atribuído aos recursos

Janete Rosa Martins

Direito humanos e fundamentais no estado contemporâneo

Saete Oro Boff e Sandra Regina Morais Welter

A administração pública no estado democrático de direito

Nº 4 – Setembro/2003

Adriane Cláudia Melo Lorentz

Noções introdutórias sobre a União Europeia

Airton José Sott

A possibilidade do controle judicial de constitucionalidade – incidental, concreto e difuso – no direito brasileiro anterior à Constituição Federal de 1988 – em conexão com os direitos fundamentais

Gilberto Kerber

Direito de família: o avanço dos costumes aos direitos hereditários

Jacson Roberto Cervi

O dano ambiental e o dever de reparação

Lisandro Luís Wottrich

Fungibilidade procedimental na tutela de urgência

Luciana Claudete Meirelles Corrêa

A prestação jurisdicional

Marcelo da Pieve

Estado de mal-estar social

Otávio Alberto Gomes de Campos

Juizado especial cível

Sandra Regina Morais Welter

A inconstitucionalidade da liberação da soja transgênica

Nº 5 – Maio/2004

Ademir Vieira dos Santos

Contribuição de homens de paz ao direito internacional

Adherbal Meira Mattos

Acordo de salvaguardas tecnológicas do centro de lançamento de Alcântara

Adriane Cláudia Melo Lorentz

Medidas compensatórias na OMC e no MERCOSUL: mecanismos que visam à afetividade das decisões

Afonso Henrique Prezoto Castelo e Maria de Fátima Ribeiro

Tendências internacionais sobre a prestação de serviços e as inovações da Lei Complementar 116/03

Astrid Heringer

Implicações do acordo sobre aspectos da propriedade intelectual relacionadas ao comércio (ADPIC) para o Brasil: a questão da saúde pública

Augusto Jaeger Junior

2004, um ano de reformas na comunidade europeia: a reforma do regulamento n. 17/1962 pelo n. 1/2003

Cátia Micheli Erhart

A arbitragem como solução de conflitos

Daniela Vanila Nakalski e Rodrigo Alexandre Benetti
A problemática da cidadania comunitária no MERCOSUL

Florisbal de Souza Del’Olmo
A ampliação da União Europeia

Gilberto Kerber
Uniformização da legislação dos países do continente: via adoção supranacional para maior segurança contra a violência

José Eduardo Faria
Globalização e cidadania na visão do direito internacional

Juliana Kiyosen Nakayama
O paradigma União Europeia em relação ao futuro do MERCOSUL: a eficácia das normas

Leonel Severo Rocha
O direito na forma de sociedade globalizada

Taciana Marconatto Damo Cervi
Responsabilidade internacional do estado por dano ao meio ambiente

Nº 6 – Setembro/2004

Cláudio Specht
Educação ambiental: de uma consciência antropocêntrica para uma consciência ecocêntrica

Domingos Benetti Rodrigues
Função socioambiental da propriedade rural nos contratos agrários

Guido Fernando Silva Soares
Dez anos após Rio-92: o cenário internacional, ao tempo da cúpula mundial sobre desenvolvimento sustentável (Joanesburg, 2002)

Jacson Roberto Cervi, Daniela Dewes, Ellara Valentini Wittckind, Eriane Liesenfeld e Ingrid Heck Souza
Direito e ecologia: caminhos para o desenvolvimento sustentável

Lucas Abreu Barroso
Tópicos prepedêuticos da matéria ambiental

Maria Gislaine Manucello
Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação jurisdicional em causas ambientais

Maria Margarida Jung Ferreira
Metodologias de avaliação econômica dos recursos naturais

Salete Oro Boff e Taciana Marconatto Damo Cervi
Biotecnologia versus questões ambientais: pontos controversos na liberação de OGMS

Sidney Guerra
O direito à informação em matéria ambiental

Valerio de Oliveira Mazzuoli
A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente

Vladimir Luís Silva da Rosa
Os aspectos que tornam o estudo sobre o dano ambiental importantes para a qualidade de vida da sociedade

Nº 7 – Setembro/2005

Angelita Maria Maders
Acesso à justiça: em defesa do cidadão

Astrid Heringer
A reconstrução do conhecimento na obra de Pedro Demo

Cláudio Specht
O direito e o processo na perspectiva da cidadania

Cristian Clemens Rubi e Monique Cunha
Ação comunitária para os apenados do presídio de Santo Ângelo e o processo penal brasileiro

Darci Guimarães Ribeiro
O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo

Diolinda Kurrle Hannusch
A ilicitude da prova obtida na busca e apreensão pessoal

Eliseu Mânica
A reforma do CPC e os novos rumos do direito processual civil brasileiro

Hed Orozinho Soares Brittes
Os direitos difusos ambientais na perspectiva processual civil

Janete Rosa Martins

O processo administrativo no século XXI

Lisiane Beatriz Wickert e Silvine Bouffleur

A tendência sincrética do direito processual civil brasileiro

Luciana Claudete Meirelles Corrêa

A súmula vinculante

Luis Carlos Rosa

Morosidade jurisdicional

Luís Ivani de Amorin Araújo

Considerações sobre a sentença

Márcio Zanoello

Os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas previstas no Código de Defesa do Consumidor

Paulo Vanderlei Vargas Groff

Princípios constitucionais fundamentais e princípios gerais do processo civil: uma visão principiológica do processo civil

Nº 8 – Junho/2006 DIREITO ECONÔMICO

Adriane Cláudia Melo Lorentz

As regras para o desenvolvimento da atividade empresarial pelo estrangeiro no Código Civil Brasileiro

Astrid Heringer

Sociedade simples: um natimorto no Código Civil de 2002

Carlos Alberto Lunelli e Jeferson Marin

As dimensões da identidade da marca industrial: traços distintos e desafios contemporâneos

Carolina Pancotto Bohrer Munhoz

Uma avaliação da experiência do CADE: análise do caso Nestlé/Garoto

DIREITO TRIBUTÁRIO

Augusto Jaeger Junior

Generalidades sobre o direito tributário alemão

Fernando Facury Scaff

Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos

Maristela Gheller Heidemann e Niki Frantz

A imunidade tributária conferida aos templos de qualquer culto – um enfoque nos impostos municipais

Saete Oro Boff

Reforma tributária e democracia

RESENHA

Cláudio Specht

A construção de um direito mundial

Nº 9 – Novembro/2006

Adriane Cláudia Melo Lorentz

A carta dos direitos fundamentais na futura Constituição da União Europeia: possibilidade de controle pela corte de justiça

Agostinho Oli Koppe Pereira, Cleide Calgaro e Henrique Mioranza Koppe Pereira

A cidadania e o meio ambiente

Alindo Butzke e Eliane Willrich Hoffmann

Desenvolvimento e sustentabilidade: o grande conflito de nossos dias

Álvaro Filipe Oxley da Rocha

Reforma do judiciário: cidadania e novos direitos

Astrid Heringer

A incorporação dos tratados sobre direitos humanos na Constituição Federal: dos direitos naturais à Emenda Constitucional n. 45/2004

Clóvis Gorczewski e Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcelos Terra

O princípio da igualdade na Constituição Brasileira e sua aplicabilidade nas ações afirmativas referentes ao ingresso no ensino superior

Doglas Cesar Lucas

A moralidade jurídica dos Direitos Humanos: apontamentos sobre a contribuição teórica de Otfried Höffe

Germano Schwartz e Juliana Ractz

O direito público subjetivo à saúde: efetividade via políticas públicas

Juliana Santilli

Os “novos” direitos socioambientais

Karine de Souza Silva e Ricardo Nunes Viel

Os mecanismos coletivos de proteção dos Direitos Humanos: os sistemas de proteção universal e o interamericano

Luiz Gonzaga Silva Adolfo

Breve crônica de uma transformação anunciada: o (re) surgimento do direito autoral da sociedade na informação

Marli M. M. da Costa e Rosane T. C. Porto

Exclusão social, violência estrutural e delinquência juvenil: uma análise a partir de Michel Foucault

Paulo Márcio Cruz

Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado constitucional moderno

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e Tasca Frantz

Desenvolvimento sustentável e cooperação internacional: em busca do reconhecimento da natureza

Salete Oro Boff

Avanços da biotecnologia, bioética e a formação do (bio)direito

Têmis Limberger

Intimidade e informática – necessidade de regulação jurídica no âmbito internacional, a fim de que sejam protegidos os direitos do cidadão

Wilson Engelmann

Intimidade e informática – necessidade de regulação jurídica no âmbito internacional, a fim de que sejam protegidos os direitos do cidadão: o bem humano como elemento motivador da (re) significação do conceito de direito

Nº 10 – Novembro/2007

Adriane Cláudia Melo Lorentz

O tratado constitucional europeu como fonte de inspiração para o novo e futuro “tratado modificativo” da União Europeia

Ángela Figueruelo Burrieza

La actual reforma del recurso constitucional en amparo en España

Argemiro Cardoso Moreira Martins e Luiz Henrique Urquhart Cadermatori

Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?

Astrid Heringer

Eutanásia en España: desde la Constitución Española hasta las iniciativas de las comunidades autónomas

Augusto Jaeger Junior e Benjamin Hertzeg
O tratado que estabelece uma Constituição para a Europa

Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer
Concretude do direito constitucional econômico: *a law and economics* na realização da ordem constitucional econômica brasileira de 1988

Hed Orozimbo Soares Brittes
Os efeitos da declaração de nulidade da lei inconstitucional e a interpretação conforme a Constituição, no controle abstrato de normas pelo Supremo Tribunal Federal

Leonardo Arquimiro de Carvalho
Mandado de injunção e hermenêutica constitucional: velhas e novas leituras

Janete Rosa Martins
O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa como mecanismo central de direito e garantia do servidor público

Juliano Heinen
A interpretação conforme a Constituição como ferramenta de controle constitucional e como técnica interpretativa

Paulo Marcio Cruz
Soberania e superação do estado constitucional moderno

Paulo Vanderlei Vargas Groff
Interpretação constitucional – alguns caminhos possíveis

Salete Oro Boff e Christiane Schorr Monteiro
As ações afirmativas como políticas públicas de proteção das minorias

Nº 11 – Novembro/2008

Astrid Heringer e Sabrina Fontoura Perim
A eutanásia no Brasil

Arthur Mendes Lobo
Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante

Arno Arnaldo Keller e Daiane Vieira Lopes
Competência para resolução dos litígios que envolvam os servidores públicos estatutários frente à Emenda Constitucional n. 45/2004

Janaína Machado Sturza
O direito constitucional à saúde: breve delineamento sobre as realidades brasileira e italiana

Northon Motta e Janete Rosa Martins

Responsabilidade civil do estado nos acidentes automobilísticos causados por buraco, valeta ou desnivelamento da rodovia

Julio César Gaberel de Moraes Filho

Parceria público-privada no sistema prisional mineiro

Luciana Jordão da Motta Armiliato de Carvalho

Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito à saúde

Paulo Vanderlei Vargas Groff

Representação assimétrica no Congresso Nacional

Taciana Marconatto Damo Cervi

A tutela administrativa do meio ambiente: o estudo de impacto ambiental

Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Os direitos fundamentais à vida e autodeterminação frente ao problema do aborto: o enfoque constitucional de Ronald Dworkin

Nº 12 – Março/2009

Airto Chaves Junior, Marisa Schmitt Siqueira Mendes

A miséria atrás das grades: a produção da criminalidade a partir da seletividade da norma penal

Angelita Woltmann e Raquel Buzatti Souto

A incompatibilidade da prisão provisória com o sistema prisional brasileiro diante do garantismo penal e da dignidade do acusado

Charlise Paula Colet

A valorização do ser humano a partir das matrizes teóricas do direito fraterno e da justiça restaurativa: o tratamento de conflitos como forma de exercício da cidadania

Daiana Rosa Lubini

Incidência das causas extintivas do direito de punir do estado no âmbito do ato infracional

Luís Gustavo Durigon

Direito penal e complexidade na sociedade pós-moderna

Mário Luis Oliveira dos Santos

O princípio da insignificância no direito penal do ambiente

Pedro Correia Gonçalves

A responsabilidade por comissão por omissão dos administradores e gestores empresariais

Roseli Teresinha Michalowski Alves

A fruição dos direitos da mulher a partir das ações afirmativas

Santos Juliano Zorzan

A persecução criminal pré-processual e o princípio da eficiência

Taciana Marconatto Damo Cervi e Virgínia Marconatto Damo

Delinquência juvenil: fruto de desamparo familiar ou estatal?

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro

Nº 13 – Novembro/2009

Fernando Rey Martínez

Eutanasia y derechos fundamentales

Vicente de Paulo Barretto e Luís Fernando Moraes de Mello Ética,

Biopoder e sociedades tecnocientíficas

Elida Séguin

Direitos sexuais como um direito humano

Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira

Marcos normativos para a preservação da integridade na pesquisa

Germana Oliveira de Moraes e Francisco Davi Fernandes Peixoto

O biodireito através do prisma do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais

Fernanda Matias, Carine Teixeira

As externalidades brasileiras para o desenvolvimento da biotecnologia nacional

Angelita Maria Maders

Biodireito: baliza a utilização das novas biotecnologias e resposta aos problemas bioéticos

Marília Bortolotti e Simone Stabel Daudt

O projeto genoma humano e os desafios da bioética na pós-modernidade: princípio da dignidade da pessoa humana como paradigma às questões bioéticas

Isabel Cristina Brettas Duarte

Biodireito, complexidade e responsabilidade: uma análise jurídica da liberação das pesquisas com células-tronco embrionárias no Brasil

Pedro Jorge de Oliveira Rodrigues

Biodireito: fator de pré-disposição para a “relição dos saberes”

Lucas Eduardo de Castro Burin e Astrid Heringer

Células-tronco embrionárias: uma discussão em prol da vida humana

Nº 14 – Abril/2010

Darlan Machado Santos

A cidadania moderna brasileira: uma reflexão dos desafios da emancipação dos direitos do homem como cidadão

Rosângela Angelin

A educação ambiental na construção participativa de um meio ambiente saudável

Cristiano Heineck Schmitt

A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso

Daniela Vasconcellos Gomes

A importância da aplicação dos princípios da precaução e da prevenção na busca de um meio ambiente ecologicamente equilibrado

Gustavo de Souza Campos Leão

A legitimidade ativa na tutela coletiva de direito

Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Clarice Teresinha Arenhart Menegat

A questão do gênero e seus reflexos no direito brasileiro da atualidade: uma breve análise a partir de perto do coração selvagem, de Clarice Lispector

Emanuella Melo Rocha e Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques

A rádio comunitária como forma de efetivar a comunicação participativa em contraposição à comunicação de consumo

Josiane Borghetti Antonelo Nunes e Janaína Machado Sturza

As crises do estado contemporâneo e a violação do princípio da cidadania: o neocontratualismo de John Rawls como uma possível alternativa

André Rafael Weyermüller

As dificuldades comunicativas entre direito e economia e as possibilidades dos créditos de carbono: uma visão sistêmica e ambiental

Nº 15 – Novembro/2010

Aglais Cristina Gondim Tabosa Freire e João Araújo Monteiro Neto
Aspectos jurídicos do combate aos crimes da tecnologia da informação no Uruguai

Elida Séguin
Direitos sexuais como um direito humano

Abraham Balzer Molina
La relevancia social de los procesos colectivos

Larissa Tenfen Silva
Mediação, acesso à justiça e o serviço de mediação familiar

Taciana Marconatto Damo Cervi
O direito ambiental e a transição paradigmática

Paula Nedeff Timm
O direito ao trabalho: a situação dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth
O direito penal do inimigo como resposta simbólica à macrocriminalidade

Ilzver de Matos Oliveira e Júlio César Diniz Hoenisch
O judiciário diante do direito fundamental à identidade étnica

Mathias Felipe Gewehr
O princípio da dignidade da pessoa humana e as questões de biodireito na visão dos tribunais brasileiros

Nº 16 – Abril/2011

Lucas de Souza Lehfeld e Cristina Veloso de Castro
Responsabilidade socioambiental das usinas sucroalcooleiras da região do Triângulo Mineiro

Daiane Nogueira de Lira
A audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional: uma análise a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas

Josyane Mansano
A contribuição das normas de incentivo tributário ambiental diante da racionalidade econômico-jurídica do desenvolvimento sustentável

Jimenna Rocha Cordeiro Guedes

A crise ambiental e dos paradigmas modernos: fatores para a construção de uma nova axiologia para a pós-modernidade

João Luiz Stefaniak

A efetividade do direito humano e fundamental à moradia

Indianara Pavesi Pini Sonni

A origem e a trajetória processual dos interesses transindividuais. a busca da efetividade da tutela coletiva

Micheli Pereira

A previsibilidade das decisões judiciais como condição para o ‘desenvolvimento econômico’: tensão entre neoliberalismo e o papel garantista do judiciário

Gabriela Azevedo Campos Sales

A proteção aos direitos das pessoas com deficiência no Brasil: o diálogo entre o direito interno e o direito internacional

Andreza Aparecida Franco Câmara

A terra como meio de especulação do mercado imobiliário

André Leonardo Copetti Santos

É constitucional a expansão normativa do controle social no Brasil?

Mauro José Gaglietti, Marcelino da Silva Meleu e Natália Formagini Gaglietti

Existe sustentação legal na Constituição da República Federativa do Brasil acerca da mediação de conflitos?

Nº 17 – Novembro/2011

Sofia Vilela de Moraes e Silva

Compreendendo a discriminação contra homossexuais no mercado de trabalho: da hipótese repressiva à produção de discurso

Graziella Ambrosio

Conflito entre normas coletivas de trabalho

Natália Cardoso Marra

Cooperação interinstitucional como instrumento de formação de regiões metropolitanas

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e Rogério Santos Rammê

Direitos humanos e ecocidadania: ambiente, risco e o despertar do sujeito ecológico

Ana Belén Álvarez Fernández

La necesidad de fijar las incompatibilidades de las instituciones arbitrales en España

Charlise Paula Colet e Viviane Teixeira Dotto Coitinho

Mediação, jurisdição e interpretação: a superação do modelo tradicional para tratamento de conflitos no sistema brasileiro e a tarefa hermenêutica do mediador

Peterson Elizandro Gandolfi, Joelma Lúcia Vieira Pires, Maria Raquel Caixeta Gandolfi e Roberto Bueno

O egresso do sistema prisional: educação escolar, emprego e inclusão social

Paulo Márcio Cruz e Gabriel Real Ferrer

Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica

Tatiana Cotta Gonçalves Pereira

Política nacional de resíduos sólidos: nova regulamentação para um velho problema

Leonel Severo Rocha e Delton Winter Carvalho

Mudanças climáticas e as implicações jurídico-principiológicas

Rosângela Angelin e Angelita Maria Maders

A dignidade da mulher e sua proteção pela Lei 11.340/2006: um desafio do estado democrático de direito

Nº 18 –Abril/2012

Josiane Borghetti Antonelo Nunes e Janaína Machado Sturza

Rarificação da água potável e saúde pública: a necessidade de uma consciência ambientalista em prol do direito humano fundamental a ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado

Vera Ribeiro de Almeida

Representações sociais sobre a pena nos juizados especiais criminais estaduais

Adalberto Narciso Hommerding

Reclamação e correição parcial: critérios para distinção

Ederson Nadir Pires Dornelles, Madie da Silva Ribas Soares e William Smith Kaku
Técnicas de estudo e leitura técnica para acadêmicos de direito

Mathias Felipe Gewehr

A Bioética e o princípio da justiça

Rafaela Benevides Ferreira Machado

Direito à saúde: a implementação de políticas públicas perante a minoria criança

Cláudia Taís Siqueira Cagliari e Marli Marlene Moraes da Costa

Políticas públicas e justiça restaurativa

Daniela Favero e Sarina Occhipinti Magalhães

A descaracterização do seguro de acidente do trabalho como ferramenta do desenvolvimento econômico sustentável

Sergio Manuel Fialho Lourinho

A moral transcendental de Kant

Ney Fayet Júnior

Do avanço interpretativo na compreensão do instituto do delito continuado: da necessidade de demarcação fático-temporal precisa dos crimes componentes da cadeia continuada

Carlos Alberto Elbert

A criminologia na pós-modernidade

Sérgio Resende de Barros

Reforma constitucional da Constituição

Gilmar Antonio Bedin e Joice Graciele Nielsson

Direitos Humanos, justiça e desenvolvimento: o papel dos direitos sociais, econômicos e culturais na construção de uma vida digna segundo Amartya Sen

André Leonardo Copetti Santos e Evelyne Freistedt Copetti Santos

Constituição, direito penal e diferença. Sobre a emergência de uma tutela penal de minorias e vulneráveis sociais pós-constituição de 1988.

Alessandro Freitas de Faria e Florisbal de Souza Del’Olmo

O reconhecimento da entidade familiar homoafetiva e o instituto da adoção

Nº 19 – Novembro/2012

Mayna Marchiori de Moraes e Rozane da Rosa Cachapuz

A Justiça aristotélica e sua observância no Estado Democrático de Direito por meio da utilização da arbitragem

Liana Maria Feix Suski

Morte digna sob a ótica histórica e conceitual

Eduardo Biacchi Gomes e Sólon Cícero Linhares

A relevância econômica dos Direitos Sociais prestacionais e o limite da reserva do possível face o princípio do mínimo existencial

Cristian Willi Hasse, Débora Patricia Seger e Florisbal de Souza Del’Olmo

A sentença arbitral nos contratos públicos: estudo do caso AES X CEEE

Irineu Francisco Barreto Junior e Cristina Barbosa Rodrigues
Governo Eletrônico, Cidadania e Inclusão Digital

Luana Maíra Moura de Almeida
Multiculturalismo: uma visão da doutrina comunitarista em prol do bem comum e do reconhecimento de diferentes identidades

Carlos Aurélio Mota de Souza
A fraternidade como categoria jurídica no Direito Ambiental

Mara Darcanchy
O dano existencial e o Direito Fundamental ao trabalho decente na OIT

Nº 20 – Abril/2013

Larissa Ramina e Emerson Luiz Laurenti
Tráfico Internacional de pessoas e a busca da Dignidade perdida

Cristina Ferraz
Legitimidade da defensoria pública na ação civil pública à luz do acesso à justiça

Aguinaldo Alemar
Consumo e proteção ambiental: a ciência jurídica como elemento criativo nesta relação

Fernando G. D'Alessandro
Reflexiones sobre el régimen de pronto pago de créditos laborales en el derecho concursal argentino

Michele Alessandra Hastreiter e Luís Alexandre Carta Winter
Contratos de empresas estrangeiras com a administração pública para a viabilização de obras de infraestrutura para a copa do mundo de 2014: um estudo de caso sobre o leilão dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília.

Marco Aurélio Pieri Zeferino e Juventino de Castro Aguado
Globalização e soberania: a exclusão dos direitos humanos dos estrangeiros pelo estado

Rosane B. Mariano da Rocha Barcellos Terra e Grace Kellen de Freitas Pellegrini
A contribuição da decisão do Supremo Tribunal Federal na Adin 4.277 para o sistema democrático brasileiro e seu papel para a mudança do pensamento cultural

Camila Dabrowski de Araújo Mendonça e Danielle Annoni
A relação entre jurisdições nacionais e internacionais: primazia e complementaridade

Nº 21 – Novembro/2013

Alvaro A. Sánchez Bravo

Crisis urbanística y sostenibilidad ambiental en España

Thaís Guedes Alcoforado de Moraes e Marília Montenegro Pessoa de Mello

Os Direitos Humanos da mulher e a função simbólica do direito penal: uma crítica à criminalização do aborto

Guilherme Camargo Massaú

A solidariedade como princípio jurídico: o exemplo da União Europeia em breves considerações

Eduardo Rodrigues dos Santos, Altamirando Pereira da Rocha, Leopoldo Altamirando de Andrade da Rocha

O princípio do devido processo tributário e a segurança jurídica à luz da Constituição brasileira de 1988

André Leonardo Copetti Santos

Os orixás contemporâneos e a cidade invisível. Potências da cidadania pelo desenvolvimento de uma sensibilidade urbana

Augusto César Leite de Resende

A responsabilidade socioambiental das empresas da construção civil à luz do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável e os seus reflexos nos empreendimentos imobiliários

Fabiano Gonçalves Carlos

Modernidade clássica: alguns pontos de contato entre a razão prática e as ciências sociais

Cynthia Brandalize Fendrich e Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr

A reprodução assistida como direito fundamental e sua prestação pelo estado

Ana Alice De Carli

Água, bem da vida: riqueza a ser respeitada!

Fabiana Marion Spengler e Charlise P. Colet Gimenez

O necessário reconhecimento das formas de tratamento de conflitos como política pública no Brasil

Nº 22 – Abril/2014

Rogério Gesta Leal

Fundamentos interlocutivos da boa Administração Pública: algumas matrizes Reflexivas

Eloy Pereira Lemos Junior e Jean Karllo de Souza Fagundes
Um estudo sobre a adoção por pares homoafetivos no Brasil

Everton José Helfer de Borba e Jorge Renato dos Reis
Subsidiariedade, solidariedade e cooperativismo solidário: entre o público e o privado

Luis Fernando Sgrabossa e Gesiela Iensue
O papel dos direitos fundamentais nas democracias representativas majoritárias

Gilberto Sturmer e Rodrigo Coimbra
O contrato de trabalho a tempo parcial como instrumento de política de emprego da comunidade europeia

Adrieli Rezende e Glenda Gonçalves Gondim
Ilícito de perigo e ilícito de lesão: repercussões para o direito de danos

Daniela Oliveira Gonçalves e Élcio Nacur Rezende
Função socioambiental da propriedade: a busca por uma determinação pragmática de aferição de cumprimento

Valerio de Oliveira Mazzuoli
Ganhamos a guerra, não a paz

Leilane Serratine Grubba
Por un tribunal de justicia para unasur: la necesidad de una corte de justicia para América del Sur sobre los paradigmas del tribunal de justicia de la Unión Europea y de la Corte Centroamericana de Justicia

Magno Federici Gomes e Fabiana Molinero Marzano
A proporcionalidade e o caráter indenizatório dos alimentos familiares recíprocos

Nº 23 – Novembro/2015

Diego Santana e Osmar Veronese
Comissões parlamentares de inquérito municipalizadas: um direito das minorias a serviço da democracia

Jane Berwanger
A mudança cultural em torno da profissão de doméstico e a necessidade de política de cidadania específica para uma população vulnerável

Bernardo Schmidt Penna
A aplicabilidade da *surrectio* no direito do trabalho brasileiro

Felipe Chiarello de Souza Pinto e Michelle Asato Junqueira
Educação para o desenvolvimento: objetivo do estado democrático e social de direito

Thalita Livia Israel Ferreira e Fernando César Costa Xavier
O congresso brasileiro e a denúncia unilateral de tratados internacionais

Flávio Henrique Franco Oliveira
Dignidade da pessoa humana como fator de desenvolvimento da personalidade

Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz e Francisco Carlos Duarte
A universalização do serviço público de saneamento básico e a efetividade do direito fundamental à saúde

Valeria Silva Galdino Cardin, Marcela Gorete Rosa Maia Guerra e Andréia Colhado Gallo Grego Santos
Dos reflexos da crise do direito liberal na atualidade quando do exercício da parentalidade responsável

Ivan Pinheiro de Figueiredo, Marília Guimarães Pinheiro e Ângelo dos Santos Soares
Aspectos jurídicos do racismo no ambiente de trabalho

Patrícia Elias Vieira, Marcos Leite Garcia e Liton Lanes Pilau Sobrinho
A governança ambiental global e a economia de mercado sustentável: o devir para o século XXI

Yury Augusto dos Santos Queiroz e Denise Schmitt Siqueira Garcia
Deslocados ambientais: um conceito ainda desconhecido

William Paiva Marques Júnior
Reflexões sobre a Unasul, a integração Sul-Americana e o novo constitucionalismo democrático Latino-aAmericano

Jacson Roberto Cervi e João Pedro Schmidt
Intersecções entre a política nacional de meio ambiente, mudanças climáticas e energia: desafios e oportunidades

Liliana Locatelli e Suelen Carls
Indicações geográficas: o regulamento de uso e as indicações de procedência

Nº 24 – Maio/2015

Irineu Francisco Barreto Junior e Josiane Machado da Silva
Novas tecnologias e relações de trabalho na sociedade da informação: o teletrabalho

Felipe Stribe da Silva e Luiz Ernani Bonesso de Araújo

Da necessidade de pensar a sociobiodiversidade: aproximações conceituais em prol da proteção jurídica da biodiversidade tropical e do conhecimento dos povos tradicionais

Neuro José Zambam e Salete Oro Boff

Direito das culturas e tecnologia: um debate que integra complexidade, tradição, diferenças e mudanças

Maria Vitória Costaldello Ferreira

O controle da vida: estatuto do nascituro, direitos reprodutivos e biopoder

Marco Antonio Laschiavo Leme de Barros e Maíra Martinelli Rizzardi

O Supremo Tribunal Federal e a argumentação consequencialista

Guilherme Massau e André Kabke Bainy

A cidade como lócus privilegiado: da interculturalidade aos direitos humanos

Watson Andrade de Melo Lira e Fabrício Germano Alves

A culpa concorrente do consumidor pela negligência ao chamado no recall de automóveis

Narciso Leandro Xavier Baez e Luiz Henrique Maisonnnet

Os Direitos Humanos fundamentais e o tráfico humano: a dimensão globalizada do tráfico de mulheres para fins de exploração sexual

Raymundo Juliano Feitosa e Hélio Ourém Campos

Constituição, atividade financeira do Estado e federalismo

Maurilo Miranda Sobral Neto e Luciano Oliveira

Inclusão às avessas: um estudo sobre a relação dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa e as instituições educacionais da região metropolitana do Recife

Luciana Costa Poli e Bruno Ferraz Hazam

Por um constitucionalismo socioambiental: o princípio do buen vivir e o novo constitucionalismo democrático Latino-Americano

Ian Pimentel Gameiro

Direito entre o Estado e o estado de direito: revisitando a teoria do direito e do estado de Leon Duguit state

Robison Tramontina e Alexandra Vanessa Klein Perico

A sociedade da informação e o direito fundamental ao trabalho digno do desenvolvedor de programas de computador: análise quanto à titularidade da propriedade intelectual do software elaborado na vigência do contrato de trabalho ou vínculo estatutário

Diego Pereira Machado

O princípio do promotor natural e a consolidação do sistema processual penal acusatório

Nº 25 – Novembro/2015

Ricardo Andrade Saadi e Diogo de Oliveira Machado

A sociedade busca valores: administração de bens apreendidos e confiscados em processos que apuram corrupção

Anizio Pires Gavião Filho e Cristina Stringari Pasqual

Coisa julgada, segurança jurídica e ponderação

Margarida Maria Lacombe Camargo e Henrique Cunha Rangel

A constitucionalidade do sistema de cotas universitárias: um estudo comparativo entre Brasil e Estados Unidos

Camila Dabrowski de Araújo Mendonça e Chiara Antonia Sofia Mafrica Biazzi

A solução de controvérsias na União Europeia: o procedimento por incumprimento

Andréa Regina de Moraes Benedetti e Marta Botti Capellari

Legitimidade democrática da lei de anistia: a (im)possibilidade de um acordo político a partir de Jünger Habermas

Viviane Teixeira Dotto Coitinho e Jair Pereira Coitinho

A garantia política dos serviços públicos em Jürgen Habermas

Sinara Camera e José Luis Bolzan de Moraes

Cooperação internacional e possibilidades de realização do direito humano ao desenvolvimento

Luis Renato Vedovato

A garantia do acesso à justiça no direito internacional dos direitos humanos

Graziela Tavares de Souza Reis

As regras do direito internacional humanitário, os incessantes conflitos armados e a possível solução à luz da fragmentação do direito internacional

André Leonardo Copetti Santos, Douglas Cesar Lucas e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Os limites do poder penal do estado e a inconstitucionalidade da redução da maioria penal

Andreia Cadore Tolfo, João Batista Monteiro Camargo e Fabiane da Silva Prestes

O estado, a soberania e os direitos humanos

Nº 26 – Abril/2016

Nuria Belloso Martín

¿Se puede mantener la progresividad y la justiciabilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis?

Marcos Leite Garcia

A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar

Lilian Balmant Emerique, Luiz Eduardo Figueira e Glauber Brittes

Direito e políticas públicas: um diálogo necessário

Jane Lúcia Wilhelm Berwanger e Osmar Veronese

A utilização de períodos laborados em diferentes países como defesa da cidadania

Attila Magno e Silva Barbosa e Juliani Veronezi Orbem

Debatendo a delinquência patronal através da “pejotização” como ilícito trabalhista e penal

Tassiana Moura de Oliveira e Marcelo Labanca Corrêa de Araújo

Judicialização da política e ativismo judicial: conceitos e o quadro brasileiro

Igor Silva de Menezes

Brevíssimas anotações sobre a contratação de organizações sociais e cooperativas médicas para terceirização da saúde pública e as implicações no plano do sistema meritocrático dos concursos públicos

Bruno Cavalcanti Angelin Mendes

A jurisdição no Estado constitucional

Deborah Aline Antonucci Moretti e Maria Júlia Segatto e Ciscato

A legitimidade ativa no processo civil coletivo brasileiro

Fernanda Silva Abduch Santos e Mário Luiz Ramidoff

Violência de gênero: uma análise sob o prisma do Direito Penal

Paula Rufino Alves Medina Lopes

Emancipação, liberdade e contemporaneidade: a patologia que tem sofrido a política

Nº 27 – Novembro/2016

José Casalta Nabais

Os Bens Culturais Arqueológicos

Fran Espinoza

El Dilema de Bolivia: la Élite Cruceña

Fernando Sérgio Tenório de Amorim

A Resolução Online de Litígios (ODR) de Baixa Intensidade e seus reflexos no Direito Internacional Privado: uma análise da normatividade polissêmica das redes numéricas

Werter R. Faria e Elizabeth Accioly

As perspectivas do acordo de cooperação Ue / Mercosul
E do Cumprimento da sua Meta Final

Ilzver de Matos Oliveira, Kellen Josephine Muniz De Lima e João Vítor Pinto Santana

O Judiciário como instância de (Des)Consideração da Religiosidade de Matriz Africana: Casos Judiciais Emblemáticos sobre Liberdade e Intolerância Religiosa em Sergipe

José Ribas Vieira e Rafael Bezerra

Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a Sentencia T-025 E A ADFP 347/Df-Mc

Dirceu André Gerardi

Reclutamiento Partidario de Alcaldes en el Autoritarismo Brasileño: el caso de los designados en áreas de seguridad nacional de Rio Grande do Sul

Anair Isabel Schaefer

Adesão à Convenção Europeia de Direitos Humanos: problemas identificados pelo Tribunal de Justiça ao Projeto de Acordo da União Europeia

Luis Renato Vedovato, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis Pedagoga e Alexandre Andrade Sampaio

Proteção Internacional do Trabalhador e as Políticas Migratórias

Joaner Campello de Oliveira Júnior, Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas

A Integração Regional e os Projetos de Infraestrutura na América do Sul

Beatriz Oquendo Pontes e Eduardo Rocha Dias

O Código de Defesa do Consumidor Incide na atividade notarial e de registro? Algumas Considerações a partir da exigência de integridade e coerência do Ordenamento Jurídico

Felipe Magalhães Bambirra e Fernanda Busanello Ferreira

Controle Popular da atividade minerária e audiências públicas de licenciamento ambiental: legitimidade pelo procedimento

Beclaute Oliveira Silva

Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código de Processo Civil

Angelita Maria Maders e Rosângela Angelin

A (Não) Redução da idade da maioridade penal: uma questão de Responsabilidade Social

Mara Darcanchy

Do Assédio Existencial como causa do dano existencial e da redução do trabalho decente da OIT